



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÉSAR AUGUSTO FERREIRA SÃO JOSÉ

**POR UM PROCESSO PENAL SEM PRISÃO PREVENTIVA
PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Salvador

2017

CÉSAR AUGUSTO FERREIRA SÃO JOSÉ

**POR UM PROCESSO PENAL SEM PRISÃO PREVENTIVA
PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientação: Professor Doutor Elmir Duclerc Ramalho Júnior.

Salvador

2017

CÉSAR AUGUSTO FERREIRA SÃO JOSÉ

**POR UM PROCESSO PENAL SEM PRISÃO PREVENTIVA PARA A
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em: _____

Elmir Duclerc Ramalho Júnior - Orientador _____

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

*A minha mãe,
simplesmente por tudo.*

AGRADECIMENTOS

Antes de mais nada, deixo esses agradecimentos, na verdade, como pedido de desculpas a todo mundo que ignorei no *whatsapp* enquanto escrevia este trabalho. Foi por um bom motivo.

A minha mãe agradeço o integral incentivo, desde o início, e como sempre. Não há palavras que agradeçam suficiente. A meu pai, com carinho, retribuo todos os conselhos nessa cansativa jornada. Também agradeço minha vó por ter permitido todo o suporte para que tudo desse certo, espero estar à altura de merecer tudo isso. A toda a minha família, pelo apoio contínuo.

A meus amigos de sempre, no sentido mais longínquo que o *sempre* admitir: Vitor, Melo, Seu Paulo, Guga e Godo. A meus amigos de Comando, meus parceiros para o que der e vier, por me manterem a sanidade, na medida do possível: meu irmão *Eventos*, Joedson, Netinho, Lala, Maco, Ronaldinho, Lala e o eterno e já saudoso Roy.

A minhas e meus camaradas de SAJU, pelo aprendizado compartilhado ao longo dos anos de Faculdade, que levarei comigo na bagagem.

Aos amigos e antigos parceiros do Hilarião & Neves Advogados, pelo aprendizado e pelo laço fraterno construído. Bem como aos *amigos e futuros antigos* parceiros do Ferreira & São José Advocacia, por tudo o que está por vir.

A todos os professores de quem fui ou não aluno nessa Faculdade, especialmente os das ciências criminais. Guardo comigo as melhores lições que pude ter, Juliana, Fabio, Sebastian, Fabiano, Fernanda, Gamil e Fernando; e agora também o professor Elmir, pelo guia neste trabalho.

“[...] Surge um europeu deslumbrado
com delírios de colonizador
quinhentos anos atrasado
agora eu tenho com quem me indispor

Eis a prova
de que Maria Antonieta fez escola
Só me acorda
quando a classe operária for à forra

Que seja só eu contra mil
Tamanha frieza ninguém nunca viu [...]”
 (“Covil de Cobras” – Jair Naves)

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de se construir um regime de prisões preventivas que mantenha a garantia da ordem pública como um dos fundamentos para a sua decretação, a partir do referencial teórico da criminologia crítica, do garantismo penal e da teoria agnóstica da pena, como os pressupostos necessários à construção de uma teoria agnóstica do processo penal. Busca ainda empreender uma revisão bibliográfica sobre os requisitos e fundamentos de decretação da prisão preventiva, em especial o fundamento na garantia da ordem pública, sob o marco legislativo do artigo 312 do Código de Processo Penal e sob influência dos estudos sobre o princípio da presunção de inocência e sobre a ilegitimidade das prisões preventivas. Este trabalho pretende realizar o cotejo entre os estudos sobre presunção de inocência e ilegitimidade da prisão preventiva com os significados atribuídos ao conceito vago de ordem pública e verificar a sua adequação a um processo penal redutor de danos.

Palavras-chave: teoria agnóstica; garantismo penal; processo penal; prisão preventiva; garantia da ordem pública.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DE UM PROCESSO PENAL EM PERSPECTIVA AGNÓSTICA	13
2.1 A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA	13
2.2 O MODELO GARANTISTA	18
2.3 AS INSUFICIÊNCIAS DO GARANTISMO E A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA	25
2.3.1 Abolicionismos e minimalismos: diferenças, objetivos e aproximações.	25
2.3.2 A fragilidade do Garantismo	28
2.3.3 A Teoria Agnóstica da Pena	29
2.4 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA AGNÓSTICA DO PROCESSO PENAL	33
3 A PRISÃO PREVENTIVA EM PERSPECTIVA CRÍTICA	38
3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	38
3.2 A ILEGITIMIDADE DAS PRISÕES PREVENTIVAS	43
3.2.1 A perspectiva garantista	44
3.2.2 A perspectiva agnóstica	47
3.3 A DOGMÁTICA DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	52
3.3.1 O <i>fumus commissi delicti</i>	55
3.3.2 O <i>periculum libertatis</i>	56
3.4 A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	61
3.4.1 A imprecisão do termo ordem pública.....	61
3.4.2 A garantia da ordem pública e a antecipação da pena	64
3.4.3 Um processo sem prisão preventiva para a garantia da ordem pública	68
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem origem num primeiro esforço inicialmente voltado à elaboração do projeto de pesquisa necessário à aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso I, que consistia em, a partir de manifestações do direito penal do inimigo, questionar-se sobre a constitucionalidade das prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública, como prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Na virada do penúltimo para o último semestre do curso, porém, teve início a experiência de participar do grupo de pesquisa Processo Penal e Democracia, sob a coordenação pedagógica do Professor Elmir Duclerc e, a partir dela, o contato com a construção de uma Teoria Agnóstica do Processo Penal. A percepção da necessidade de se construir uma teoria própria ao Direito Processual Penal, apartada dos *delírios de colonização* pelo processo civil que geram a Teoria Geral do Processo, motivou a troca de tema e, em especial, de referencial teórico. Além do mais, o questionamento da inconstitucionalidade desse instituto já vem há algum tempo sendo abordado por diversos trabalhos acadêmicos, mas sua previsão legal segue incólume.

Por conta disso também o título do trabalho, “Por um processo penal sem prisão preventiva para a garantia da ordem pública”: uma singela e intuitiva incorporação do título do Capítulo IV de Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal, “(Por uma) teoria do processo penal”, à conclusão do § 38 de Direito e Razão, “Um processo sem prisão preventiva”.

Aqui a pretensão de um processo penal destituído de prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória surge para garantir a eficácia do elementar princípio da presunção de inocência, mas não só por isso. A quantidade assustadora de presos sem condenação no Brasil importa em um cenário de ilegitimidade sem volta do sistema penal atual, que busca a irracional imposição de pena a todo custo, mesmo antes de se decidir ou não pela absolvição do acusado, mesmo que ela não cumpra com nenhuma das funções que alega cumprir.

O meio mais fácil para se alcançar esse objetivo nefasto parece ser a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, pelo teor impreciso e genérico que carrega consigo: um cheque em branco da criminalização primária para a atuação seletiva da criminalização secundária. Essa é basicamente a suspeita preliminar que guiou o início da pesquisa.

O presente trabalho parte da seguinte pergunta-problema: é possível, a partir de uma teoria (agnóstica) do processo penal, construir um regime de prisões preventivas que mantenha a garantia da ordem pública como um dos fundamentos para a sua decretação?

Assume-se como hipótese principal que a imposição de prisões preventivas como garantia da ordem pública não se pauta por uma lógica de redução de danos para a contenção do exercício do poder punitivo e a sua manutenção garantias fundamentais do indivíduo, antecipando-lhe a pena.

Desse modo, seu objetivo geral consiste em analisar se a dogmática do regime de prisões preventivas no código de processo penal brasileiro, em especial o conteúdo do artigo 312 do CPP no qual está inserido o fundamento da garantia da ordem pública para a sua decretação, configura um quadro ilegítimo de antecipação indevida da pena, a partir de um referencial teórico que pressuponha a limitação ao máximo do exercício do poder punitivo.

Disso decorrem os seguintes objetivos específicos: a) investigar a importação de categorias indevidas do processo civil para o processo penal no regime de prisões preventivas e suas consequências nas prisões preventivas por garantia da ordem pública; b) investigar a imprecisão do termo “ordem pública” no art. 312 do CPP e suas consequências; c) investigar a função que cumpre a ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva; d) investigar a sua aptidão/adequação a um processo penal redutor de danos.

O trabalho se inicia com a abordagem de seu referencial teórico, ou seja, os pressupostos necessários a uma teoria agnóstica do processo penal: a crítica criminológica ao sistema penal, o modelo garantista de Luigi Ferrajoli e a teoria agnóstica da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Neste primeiro ponto, analisam-se como, ponto de partida, as denúncias feitas pela criminologia crítica à criminologia tradicional, a partir do paradigma da teoria do etiquetamento e à luz da crise de legitimidade do sistema penal. É nesse contexto de quebra de paradigma que se difundiu a criminologia da reação social na América Latina e a sua conseqüente denúncia da falsidade do discurso jurídico-penal, tendo esta alcançado maior evidência na região em razão da notória violência operativa de seus sistemas penais marginais.

Segue então a abordagem da matriz teórica do garantismo penal, devidamente precedida pela incursão em seus pressupostos ético-políticos referentes ao caminho

encontrado para a justificação da pena, pela via de um utilitarismo reformado. O modelo garantista cumpre importante papel nas pretensões de redução e contenção do poder punitivo. Analisam-se nesse tópico os dez axiomas garantistas formulados pelo modelo de Ferrajoli. Trata-se de garantias jurídicas que expõem as condições que um sistema penal deve satisfazer.

Em seguida, busca-se compreender o papel que cumprem os dois modelos apresentados quanto à crise de legitimidade do sistema penal. Trata-se de tentar situar seus lugares de fala e, ao mesmo tempo, diferenciá-los entre si e da postura que outras perspectivas teóricas (as abolicionistas) assumem diante desse atual quadro de deslegitimação, bem como aproximá-los no que for possível

Após a apresentação do modelo garantista, podem ser lançadas as bases para uma necessária crítica às insuficiências a serem apontadas em tal modelo. Aqui será preponderante a crítica ao utilitarismo reformado, como teoria que legitima a imposição de penas pelo poder punitivo, pela teoria agnóstica da pena.

No final deste capítulo esboçam-se as condições para uma teoria agnóstica do processo penal, ao que se segue a abordagem da construção de seus fundamentos, nos conceitos operativos básicos de ação, jurisdição e processo. A distinção entre os fenômenos do processo civil e do processo penal é fundamental para a construção – não mais adaptação acrítica – dos conceitos operativos de suas ferramentas técnicas, para que atuem como tecnologia de minimização da violência intrínseca ao exercício do poder punitivo.

O capítulo seguinte busca desdobrar esses fundamentos pela análise de um de seus elementos, o instituto da prisão preventiva, bem como do princípio da presunção ou estado de inocência, abordado logo adiante. Quanto a este último caso, é intuitivo perceber o conflito instaurado entre a imposição de prisões preventivas e a eficácia da presunção de inocência.

Como qualquer estudo sobre prisões sem condenação torna-se impossível sem que se tenham em mente o conteúdo da garantia fundamental da presunção de inocência, pelo estudo enfatizado na sua faceta de regra de tratamento ao imputado. Por isso enfrenta-se o conflito entre a garantia do estado de inocência e a restrição à liberdade do cidadão acusado de um crime antes de sua condenação, que toma grandes proporções tanto no plano teórico, pela análise da dogmática em torno das prisões preventivas e, por consequência, da ruptura com o uso das expressões *fumus*

boni iuris e periculum in mora; quanto no plano prático, pela análise da sua (i)legitimidade segundo as perspectivas garantista e agnóstica.

Ultrapassado o problema da importação acrítica das categorias do processo civil para as medidas cautelares, é necessário abordar o artigo 312 do CPP em relação à prisão preventiva, em seus requisitos e fundamentos. Por isso, também busca-se abordar um leque razoavelmente amplo de diferentes elementos utilizados na tentativa de se dar algum sentido à garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva – venham eles dos setores que defendem sua eliminação, venham daqueles que tentam atribuir-lhe algum significado que legitime sua aplicação.

Cumprida essa tarefa, empenha-se, por fim, numa reflexão crítica acerca desses elementos à luz da situação de ilegitimidade das prisões preventivas e em relação à imprecisão do termo “ordem pública”, à importação acrítica de categorias do processo civil para o penal, à função que a garantia da ordem pública cumpre como fundamento da prisão preventiva, e à adequação a uma dogmática que atue para reduzir danos.

2 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DE UM PROCESSO PENAL EM PERSPECTIVA AGNÓSTICA

2.1 A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

Antes mesmo de serem abordados os referenciais teóricos relativos ao processo penal garantista e, especialmente, à teoria agnóstica da pena, é necessário de plano tratar do olhar crítico fornecido pela Criminologia. Neste ponto, serão analisadas, como ponto de partida, as denúncias feitas pela criminologia crítica à criminologia tradicional, a partir do câmbio paradigmático realizado com a teoria do etiquetamento (CARVALHO, 2015), e à luz da crise de legitimidade do sistema penal.

Denomina-se criminologia tradicional aquela estabelecida sob o paradigma etiológico, em que se buscava a autonomia científica da criminologia segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo. A Sociologia Criminal de Enrico Ferri e a Antropologia Criminal de Cesare Lombroso são seus principais expoentes (ANDRADE, 1995). Com este último, desde a sua fundação, a Criminologia de origem italiana tinha como preocupação principal a identificação das causas do crime – fossem elas biológicas, psicológicas ou sociais – a partir de uma concepção ontológica de criminalidade (DUCLERC, 2016). De Ferri, por sua vez, decorre a tese que “ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais”, apresentando o criminoso os estigmas determinantes da criminalidade (ANDRADE, 1995).

Esta Escola Positiva, na denominação de Baratta (2002, p. 38), numa tentativa de explicação patológica do delito, procurava compreendê-lo em suas causas “na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo”. A criminologia tradicional e sua explicação causal para a criminalidade na anomalia dos autores de comportamentos criminalizados foram alvo de críticas contundentes pelo paradigma criminológico do *labeling approach*, sob a premissa de ser o comportamento desviante aquele rotulado – ou melhor, etiquetado – de tal modo (BARATTA, 2002).

Chama a atenção o desenvolvimento das correntes sociológicas como uma alternativa ao modelo etiológico, ainda que não o tenham efetivamente superado, mas com ele coexistido. Seu surgimento foi possibilitado pelos estudos de Durkheim, que chegou à conclusão de ser o crime um fenômeno normal em qualquer estrutura social

(CARVALHO, 2015). Fruto da Sociologia Criminal norte-americana (ANDRADE, 1995), o giro para o paradigma do *labeling approach* ou do etiquetamento é responsável pelo deslocamento da indagação (explicação) causal para o que Carvalho (2015, p. 72) aponta como a “avaliação dos processos de criminalização e do funcionamento das agências de punitividade”. A principal distinção originada desse paradigma em relação à criminologia tradicional consiste na consciência crítica que esta nova concepção traz consigo (BARATTA, 2002). Passa a vigorar a ideia de que nenhuma conduta é em si mesma criminosa, nem mesmo o autor dessa conduta é em si criminoso por conta de sua personalidade ou por influência do meio. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status*, que é atribuído a certos indivíduos mediante um duplo processo de definição legal do crime e seleção estigmatizante do seu autor (ANDRADE, 1995). Para Baratta (2002, p. 161), tal revelação se dá mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos que os ofendam; e em segundo lugar, dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles ofendam esses bens com o seu comportamento.

É nesse contexto de quebra de paradigma que se difundiu a criminologia da reação social na América Latina e a sua conseqüente denúncia da falsidade do discurso jurídico-penal, tendo esta alcançado maior evidência na região em razão da notória violência operativa de seus sistemas penais marginais (ZAFFARONI, 2001).

Convém explicitar que a ideia de uma marginalidade latino-americana, como expressão de sua localização periférica em relação ao poder central, é compreendida pelo chamado paradigma da dependência (econômica), em oposição ao paradigma do desenvolvimento, de matriz spenceriana para o qual o capitalismo “estenderia o progresso às regiões marginais do planeta” (ZAFFARONI, 2001, p. 64) – neste caso, a América Latina. Tal paradigma da dependência revela a diferença entre os fenômenos dos países de centro e os dos países marginais e é tomado como marco para a compreensão do controle social punitivo latino-americano como produto da assimilação destes às revoluções mercantil, industrial e (atualmente) tecnocientífica de protagonismo central. O genocídio conseqüente deste processo de assimilação, em curso desde a destruição das culturas originárias do continente e a escravização de africanos para ele transportados, implica o exercício de poder dos sistemas penais marginais (ZAFFARONI, 2001). Assim:

A transculturação neocolonialista, própria da característica modernizadora incorporativa da civilização industrial, trouxe o discurso jurídico-penal para a periferia onde, até hoje, os mesmos discursos legitimantes são utilizados, apesar do diversificado exercício de poder dos sistemas penais marginais. (ZAFFARONI, 2001, p. 182)

De modo distinto ao que ocorreu nos países centrais – onde o discurso jurídico-penal encontrou sustentação por mais tempo à revelia da crítica criminológica – o pensamento latino-americano, diante do quadro de violência generalizada nos sistemas penais da América Latina, denunciou a falsidade da justificação nesse discurso pelo reconhecimento da perda de legitimidade do sistema penal (ZAFFARONI, 2001). A partir desse reconhecimento, a tarefa que se impõe é a retirada do “discurso de justificação da base de qualquer construção dogmática e sustenta-la também sobre dados da realidade” (ZAFFARONI, 2001, p. 186) para que o discurso jurídico-penal se reduza à “construção pautadora de decisões da agência judicial fundamentada em dados da realidade”.

A mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social com a criminologia crítica criou condições “para a crítica e denúncia do próprio sistema penal como instrumento de dominação” (DUCLERC, 2016, p. 22) de caráter seletivo, que tem como alvo um reduzido grupo de pessoas a serem submetidas a uma pena. De acordo com Zaffaroni e Batista (2003, p. 43), “esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal”.

Com efeito, as agências são os entes gestores da criminalização, denominados assim em sentido amplo e de maneira – na medida do possível – neutra. As agências não operam coordenadamente, mas sim por compartimentos estanques e são regidas por relações de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas. Em um sistema penal podem ser consideradas as seguintes agências: políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social de reprodução ideológica e internacionais (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

O fenômeno da criminalização gerido pelas referidas agências se dá em duas etapas denominadas criminalização primária e secundária. A primeira delas se dá na elaboração da lei penal com a tipificação da conduta criminalizada. Trata-se da “programação geral e abstrata, elaborada pelas agências políticas, das ações que podem vir a ser punidas (legislação penal)” (DUCLERC, 2016, p. 22). A “criminalização

primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 43).

Por ser um ato programático, a criminalização primária é exercida pelas agências políticas (legislativas ou executivas), mas cumprida por outras agências diversas: as agências de criminalização secundária (policiais ou judiciais). A criminalização secundária é ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Esta ocorre no momento em que as agências policiais detectam – ou melhor, selecionam – uma pessoa que pode ter praticado alguma das condutas previstas no programa de criminalização primária para ser submetida às agências judiciais, que, por sua vez, legitimam a atuação policial e admitem um processo para que, se for o caso, seja imposta uma pena a ser executada pelas agências penitenciárias (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A criminalização primária, no entanto, consiste em um programa irrealizável. Nunca, em lugar algum, pretendeu-se por tal programa em prática em sua totalidade ou em parcela considerável. Isso se dá por conta da disparidade entre os inúmeros conflitos criminalizados que acontecem de fato numa sociedade e os pouquíssimos que chegam ao crivo das agências de criminalização secundária, de recursos limitados para arcarem com todo esse programa. Diante do contexto apresentado, restam às agências de criminalização secundária, em especial as policiais, duas opções: a inatividade ou a seleção. Por instinto de sobrevivência, opta-se pela seletividade neste exercício de criminalização – o caminho mais simples – já que a opção pela inatividade fatalmente acarretaria o desaparecimento dessas agências (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

O principal critério seletivo da criminalização secundária se dá conforme o estereótipo criado pela vulnerabilidade dos selecionados, em geral pessoas sem acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação de massa que praticam atos grosseiros, toscos, e de fácil detecção pelas agências do sistema penal, cujo funcionamento se condiciona por completo a esse critério (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A seletividade na criminalização secundária é inevitável e opera somente sobre aqueles com poucas possibilidades de defesa perante o poder punitivo. Tornam-se, portanto, vulneráveis primordialmente (mas não somente) por terem suas características pessoais tomadas como o estereótipo de criminoso criado em grande parte pelas agências de comunicação, que reforçam os preconceitos de raça e de

classe. O estereótipo ganha destaque na obra tosca da criminalidade, amplamente anunciada pelas agências de comunicação como os únicos delitos, e que se reforça pela etiquetagem no momento em que essas pessoas assumem para si o papel correspondente ao estereótipo no qual se enquadram (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Sobre o papel da etiquetagem, Duclerc (2016, p. 23) assevera trata-se de uma “espécie de ciclo vicioso que tende a não ter fim”. De igual modo, Zaffaroni e Batista (2003, p. 47) afirmam se tratar de uma “profecia que se auto-realiza”.

A anteriormente referida criminalização conforme o estereótipo, no entanto, não é o único modo pelo qual a seleção criminalizante atua sobre as pessoas vulneráveis ao poder punitivo. As agências de criminalização secundária atuam de modo compartimentalizado, conforme os interesses de cada uma delas. Ou seja, não há um sistema penal conspiratório que opera seletivamente sobre os vulneráveis de modo harmônico, ainda que isso não signifique que a sua seletividade inerente não beneficie determinados setores sociais com uma distribuição desigual do poder punitivo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). O poder punitivo também é exercido, em menor grau, pela criminalização por comportamento grotesco ou trágico, que recai sobre aqueles cuja singular brutalidade de seus atos os tornam vulneráveis; bem como pela criminalização devido à falta de cobertura, que recai sobre aqueles que, antes praticamente invulneráveis, perderam tal *status* ao serem derrotados numa disputa por poder (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A problemática principal é que, seja qual for o motivo pelo qual alguém tenha se tornado vulnerável, a criminalização secundária orquestrada por suas agências é necessariamente seletiva e o poder direto de dar cabo a essa seleção é exercido com muito mais destaque pelas agências policiais do que pelas agências judiciais. Estas últimas estão necessariamente condicionadas e limitadas aos casos que passam pelo filtro daquelas (DUCLERC, 2016). O que de fato ocorre é que, “na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 51). Diante desse quadro limitado de atuação do poder judicial na criminalização secundária e da própria seletividade no exercício do poder pelas agências policiais, concluem Zaffaroni e Batista (2003, p. 52) que “o poder criminalizante secundário é bastante escasso como poder de controle social”. Tem-se a criminalização secundária como praticamente um pretexto para que as agências policiais possam exercer um controle configurador positivo da vida social, sob argumentos de vigilância (para investigação) e prevenção (para a segurança) (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

Para Duclerc (2016, p. 23), “fica claro que o verdadeiro poder exercido pelo sistema penal, como elemento de controle social, consiste na sua função de vigilância, que cabe exclusivamente às agências policiais”. Sobre a realidade marginal latino-americana, a denúncia de Zaffaroni é estarrecedora:

As agências não judiciais dos países latino-americanos possuem poderes para impor penas, violar domicílios e segredos de comunicação, requerer documentação identificatória aos habitantes, expedir essa documentação (e marcá-la ou negá-la quando lhes convém), privar de liberdade qualquer pessoa sem culpa ou suspeita alguma, realizar atos de instrução, ocupar-se de tudo que a burocracia judicial lhe deixa por menor esforço, fazer “batidas”, fechar lugares públicos, censurar espetáculos, fichar a população, etc. *Não há controle militarizado mais poderoso e formidável do que o exercício por estes órgãos, à margem de qualquer controle do órgão judicial e, inclusive, com seu beneplácito.* (ZAFFARONI, 2001, p. 126)

Por fim, diante da contribuição marginal pela denúncia da perda de legitimidade do sistema penal, a missão da criminologia crítica, a partir de seu câmbio paradigmático, é a luta permanente pela mais rigorosa redução possível do sistema penal. É imprescindível verificar que as conclusões a que se chega a partir disso não atingem somente a Criminologia, mas também o direito penal e o processo penal, o que torna necessária a abertura dogmática pela aproximação com a realidade da vida (CARVALHO, 2015), por uma prática redutora da violência. Há de se concluir que o Direito Processual Penal tomado numa perspectiva crítica deve construir uma dogmática capaz de criar conceitos como jurisdição, processo e princípios, que colaborem com a redução do poder punitivo (DUCLERC, 2016).

2.2 O MODELO GARANTISTA

A matriz teórica do garantismo penal, concebido por Ferrajoli, cumpre importante papel nas pretensões de redução e contenção do poder punitivo. O autor não se furta a reconhecer a crise de legitimidade pela qual passam sistemas penais hodiernos, em particular o italiano – de seu país de origem, quanto aos seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos construídos em grande parte pelo pensamento iluminista (FERRAJOLI, 2006). O Iluminismo tem o mérito de ter identificado uma série de garantias oponíveis ao arbítrio punitivo. No entanto, mesmo essas garantias tendo sido compreendidas constitucionalmente, são “largamente

violadas pelas leis ordinárias, e mais ainda pelas práticas nada liberais por elas alimentadas” (FERRAJOLI, 2006, p. 15). Além do mais, reconhece que a legitimidade moral e política do direito penal é problemática e incerta, mesmo ao lhe serem opostos limites e garantias, por ser o direito penal em si mesmo violento e por ser a pena, de fato, uma segunda violência somada ao delito (FERRAJOLI, 2006). O problema da legitimidade do sistema penal será enfrentado mediante a fundamentação racional do direito penal – que se equivale à sua justificação ético-política, tomada neste trabalho como um dos pressupostos do modelo garantista¹.

Nesse contexto o garantismo penal é pautado por uma particular compreensão de direito penal e processo penal como elementos de um sistema integrado e axiomático de garantias postas à disposição do indivíduo frente ao arbítrio punitivo estatal (DUCLERC, 2016).

Conforme Duclerc (2016, p. 25), “o problema dos pressupostos ético-políticos do garantismo se confunde com a questão da justificação da pena”. Põem-se em questão as razões para que a violência ilegal do delito se some à segunda violência da pena: existem razões para a imposição dessa segunda violência? Se existem, elas são justas, justificáveis ou aceitáveis moral e/ou politicamente? (FERRAJOLI, 2006).

Para que essas perguntas sejam respondidas é preciso partir da separação entre direito, moral e natureza, consagrada pelo pensamento liberal do século XVIII (DUCLERC, 2016). No que toca a justificação da pena, tal separação se manifesta no princípio de que a sanção penal não deve possuir nem conteúdos nem finalidades morais, bem como a sua execução não deve se pautar pela transformação moral do condenado (FERRAJOLI, 2006). Decorre que as perguntas “se e por que” punir admitem duas respostas: uma primeira, a princípio positiva e a qual se nomeia justificacionista; e uma segunda resposta, negativa, denominada abolicionista.

Segundo Ferrajoli (2006, p. 231), são abolicionistas “somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo”, seja porque não admitem

¹ Além do enfrentamento aos pressupostos ético-políticos, não se pode deixar de registrar a menção aos pressupostos epistemológicos do modelo garantista, ainda que não cumpram papel central neste trabalho. Os pressupostos epistemológicos têm como elementos constitutivos o convencionalismo penal, relativo à definição legislativa de crime, e o cognoscitivismo processual, relativo à sua comprovação jurisdicional. O primeiro tem como corolário o princípio da estrita legalidade; enquanto o último, o princípio da estrita jurisdicionalidade. Por conta disso, a grande crítica epistemológica ao modelo garantista é hermenêutica e consiste na excessiva influência que sofre da filosofia analítica e do positivismo jurídico, que faz com que se reconheça uma “inevitável margem de poder judicial” em relação à interpretação (DUCLERC, 2016).

justificativa para a sua violência, seja porque consideram vantajosa a substituição da pena por outros meios de controle, pedagógicos ou informais. Como crítica a essas doutrinas, separadas entre holísticas ou radicais, Ferrajoli sustenta a possibilidade de que a abolição da forma jurídica de pena possibilita que sejam retomadas práticas primitivas de retaliação ou sejam adotadas medidas de controle tecnológico totalitárias (CARVALHO, 2015), que se referem a sociedades selvagens ou a sociedades disciplinares, respectivamente. Mesmo diante das críticas apresentadas, dois méritos se conferem às doutrinas abolicionistas: em primeiro lugar, o mérito de favorecer a autonomia da criminologia crítica, por se colocarem “ao lado de quem paga o preço da pena e não do poder punitivo” (FERRAJOLI, 2006, p. 235); e em segundo lugar, o mérito metodológico de se fazer recair sobre os justificacionistas o ônus da justificação.

Ultrapassada a questão abolicionista, Ferrajoli, após descrevê-los, passa a criticar os fundamentos dos modelos justificacionistas legatários do projeto penal da Ilustração (CARVALHO, 2015). Com isso, as doutrinas justificacionistas podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias absolutas ou teorias relativas. As absolutas ou retributivistas concebem a pena como um fim em si mesma pelo seu intrínseco valor axiológico, seja como um castigo religioso, ou como uma retribuição ética de matriz kantiana ou jurídica de matriz hegeliana. São teorias insustentáveis, que se baseiam na crença da existência de algum nexos necessário entre culpa e punição e se revelam idôneas a justificar modelos autoritários incapazes de justificar o sofrimento imposto pela pena (FERRAJOLI, 2006). As teorias relativas ou utilitaristas consideram a pena como meio para um fim: a prevenção de novos crimes. Dividem-se as teorias utilitaristas nas teorias da prevenção especial (positiva ou negativa) e geral (positiva ou negativa).

Essa classificação adota dois critérios. O primeiro diz respeito à esfera dos destinatários da prevenção, que pode ser geral – destinada aos cidadãos indefinidamente – ou especial – destinada à pessoa do delinquente; enquanto o segundo critério refere-se à natureza das prestações da pena, que pode ser positiva ou negativa, a depender do destinatário (FERRAJOLI, 2006). Combinados os dois critérios, tem-se que:

- aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da

prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadão à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui. (FERRAJOLI, 2006, p. 245)

Todas têm em seu utilitarismo o que Ferrajoli (2006, p. 241) compreende como “pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado”. Tal pressuposto, contudo, não é condição suficiente para seja evitada a justificação de modelos autoritários, o que se torna mais evidente na versão do utilitarismo que parte da máxima de que “os fins justificam os meios” para a utilidade da “razão de Estado”. A outra versão, por sua vez, é ambivalente no ponto em que tem condições de fundar modelos garantistas a partir da separação entre direito e moral. Porém, ao tomar como finalidade a máxima utilidade possível para a maioria formada pelos não desviantes, descuida-se na redução ao mínimo do sofrimento necessário a ser imposto à minoria formada pelos desviantes (FERRAJOLI, 2006). A crítica a essa versão de modelo utilitarista tradicional pode ser resumida na sua tendência à autolegitimação autoritária (JOBIM, 2008).

Para a superação das críticas às teorias utilitaristas tradicionais, fez-se necessária uma mudança de foco em relação ao próprio conceito de utilitarismo para compreendê-lo como “máxima segurança para a maioria não desviada, mas sem abrir mão de um mínimo de sofrimento necessário para a minoria desviada” (DUCLERC, 2016, p. 29), ou seja, um utilitarismo reformado. Com a negação das teorias tradicionais, Ferrajoli reconstrói a prevenção geral negativa ao agregar à função dissuasória (de finalidade intimidatória) “o objetivo de a sanção penal tutelar o autor do delito das vinganças privadas” (CARVALHO, 2015, p. 234). Consequência disso é que o direito penal passa a ter por função a prevenção dos crimes e das respostas informais – selvagens, espontâneas e arbitrárias – de que forças sociais ou institucionais solidárias à vítima poderiam se valer em razão da ausência de pena (JOBIM, 2008).

No intuito de que se evitem as vinganças desproporcionais, a pena se torna também mecanismo de proteção do réu contra os excessos do público e do privado (CARVALHO, 2015). A minimização das reações violentas ao delito legitima o poder punitivo como um limite (marco) máximo à pena (JOBIM, 2008). Para alcançar essa

finalidade de se evitar um mal maior, é acolhida a prevenção geral negativa “apenas como marco mínimo sobre o qual, do contrário, não seria realizável a sanção” (JOBIM, 2008, p. 141). Em síntese, encara-se a lei penal como a lei do mais fraco (contra o mais forte): seja a vítima ofendida pela conduta criminosa, ou o réu frente ao Estado e à ameaça de vingança.

A função dissuasória aliada à contenção da vingança, pela via do utilitarismo reformado, demonstrou-se apta a preservar a distinção entre direito e moral, a evitar a objeção moral kantiana, e a equilibrar a relação de custo-benefício da intervenção penal. Reconhecida a necessidade de contenção do poder punitivo em seus pressupostos éticos-políticos, pode-se estabelecer um sistema de garantias penais e processuais penais (DUCLERC, 2016).

A partir da crítica às tradicionais teorias utilitaristas da prevenção, pela defesa de um utilitarismo reformado, surge a necessidade de se impor limites normativos ao arbítrio da potestade punitiva, ou mais especificamente, condições normativas à responsabilização penal. A contenção desse poder punitivo torna-se possível pela elaboração um modelo axiomático ideal de direito e processo penal garantista (DUCLERC, 2016) em que será traçada uma tabela analítica e sistemática dos princípios sobre os quais se fundam boa parte das constituições e ordenamentos jurídicos desenvolvidos. Esses princípios são frutos dos diversos filões da tradição jurídica iluminista e liberal, a exemplo da legalidade estrita, da lesividade, da responsabilidade pessoal, do contraditório e da presunção de inocência (FERRAJOLI, 2006).

Os princípios que compõe o modelo garantista estão ligados entre si e podem ser formulados como proposições prescritivas e condicionais, bem como podem ser ordenados dentro de um modelo axiológico. Ferrajoli (2006, p. 89) emprega onze termos para a formulação dos princípios garantistas, são eles: “pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa”. Excluído o termo “pena”, cada um deles se constitui numa condição necessária – ou *sine qua non* – para a responsabilidade penal, definida como “o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena” (FERRAJOLI, 2006, p. 90).

Os dez axiomas garantistas são formulados pelas implicações entre cada um dos onze termos e o seu respectivo termo posterior. Trata-se de garantias jurídicas que expressam proposições prescritivas, ou seja, de “dever ser”, portanto expõem as

condições que um sistema penal deve satisfazer, mas não as que este efetivamente satisfaz (FERRAJOLI, 2006). O sistema garantista ou de legalidade estrita é um modelo-limite que resulta nos dez axiomas a seguir expressos:

- A1 Nulla poena sine crimine
 - A2 Nullum crimen sine lege
 - A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate
 - A4 Nulla necessitas sine injuria
 - A5 Nulla injuria sine actione
 - A6 Nulla actio sine culpa
 - A7 Nulla culpa sine iudicio
 - A8 Nullum iudicium sine accusatione
 - A9 Nulla accusatio sine probatione
 - A10 Nulla probatio sine defensione
- (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Os axiomas acima são inderiváveis entre si e, ao mesmo tempo, encadeados de maneira sucessiva. São formulados pelos princípios fundamentais expressos pelas respectivas garantias penais (relativas à pena – A1, A2 e A3 – e ao delito – A4, A5 e A6) e processuais (A7, A8, A9 e A10) a seguir:

- 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

São esses os princípios fundamentais que definem o modelo garantista, ou seja, podem ser encarados como as regras do jogo fundamental do direito penal. O princípio ou garantia da legalidade estrita, entre os citados, caracteriza especificamente sistema garantista e nele ocupa um lugar central, em especial como pressuposto da estrita jurisdicionalidade do sistema. Distingue-se da mera ou lata legalidade, que “se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito”, enquanto a estrita legalidade “exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal” (FERRAJOLI, 2006, p. 93). A mera legalidade implica tão-somente na prévia existência de lei (condicionante) que defina como crime

a conduta tipificada e a pena a ela atribuída. É de se notar que o adjetivo “estrita” antes de “legalidade” não é ocioso, mas faz com que a lei seja condicionada à legalidade penal (DUCLERC, 2016).

Outra distinção entre mera e estrita legalidade consiste na primeira dirigir-se aos juízes, enquanto a segunda dirige-se ao legislador como uma espécie de norma metalegal idônea a garantir a decidibilidade da verdade de seus enunciados (FERRAJOLI, 2006). Decorre disso a ideia de legalidade em sentido lato se limitar à sujeição do juiz à lei (formal), encarada como simples ato legislativo. A estrita legalidade, por outro lado, estende-se à lei em seu sentido substancial de norma jurídica (FERRAJOLI, 2006).

Para além de legalidade estrita, a concatenação dos dez princípios garantistas entre si permite que cada um deles, tomado individualmente, seja reforçado pelos demais. Em revés, a falta ou a lesão a alguma dessas garantias debilita o sistema (modelo-limite) como um todo. Tal critério de “falta ou lesão” possibilita a Ferrajoli a construção de uma tipologia dos sistemas punitivos, em que a ausência de alguns desses princípios faria com que se constituíssem modelos autoritários ou irracionais de direito ou de processo penal (DUCLERC, 2016).

A tipologia de Ferrajoli denomina dois extremos: os modelos de direito penal mínimo e de direito penal máximo. O modelo garantista identifica-se como um modelo de direito penal mínimo, posto que “apresenta dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro penal”, “corresponde ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo” e revela “um ideal de racionalidade e certeza”, ou seja, exclui-se a responsabilidade penal quando um de seus pressupostos é incerto, a exemplo do critério do *favor rei* (FERRAJOLI, 2006, p.101-102). De maneira distinta, a debilidade ou ausência de alguma(s) dessas garantias do cidadão caracterizam o outro extremo: os modelos incondicionados, imprevisíveis e autoritários de direito penal máximo. Necessário destacar que entre esses dois distintos modelos existem diversos sistemas intermediários. Isso implica que a análise das instituições ou ordenamentos concretos, na prática, deve levar em conta uma tendência à irracionalidade do direito penal máximo ou uma tendência à ineficiência do direito penal mínimo, de modo que essas duas tendências opostas convivem entre si no ordenamentos dos Estados de direito modernos (FERRAJOLI, 2006).

2.3 AS INSUFICIÊNCIAS DO GARANTISMO E A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Após a apresentação do modelo garantista de Luigi Ferrajoli e dos seus princípios encadeados por axiomas que pretendem conter o arbítrio punitivo estatal, devidamente precedida pela incursão em seus pressupostos ético-políticos referentes ao caminho encontrado para a justificação da pena, podem ser lançadas as bases para uma necessária crítica às insuficiências a serem apontadas em tal modelo. Aqui será preponderante a crítica ao utilitarismo reformado, como teoria que legitima a imposição de penas pelo poder punitivo, pela Teoria Agnóstica da Pena formulada por Eugenio Raúl Zaffaroni.

Antes da crítica propriamente dita, faz-se necessário compreender o papel que cumprem os dois modelos apresentados quanto à crise de legitimidade do sistema penal por sua (in)eficácia, violência e custos produzidos (CARVALHO, 2015). A necessidade recai para que se possa situar seus lugares de fala e, ao mesmo tempo, diferenciá-los entre si e da postura que outras perspectivas teóricas (as abolicionistas) assumem diante desse atual quadro de deslegitimação, bem como aproximá-los no que for possível

2.3.1 Abolicionismos e minimalismos: diferenças, objetivos e aproximações

Abolicionismo e minimalismo podem ser encarados como duas perspectivas teóricas distintas em relação à postura que tomam diante da perda de legitimidade do sistema penal. Além das diferenças de postura entre si, também existem divergências internas nessas correntes de pensamento: existem diferentes abolicionismos e minimalismos (ANDRADE, 2006).

Os abolicionismos, ainda que sejam manifestações plurais e polissêmicas e se valham de diferentes fundamentações metodológicas, comungam em diversas propostas para a radical contração/substituição do sistema penal por instâncias não-punitivas de resolução de conflitos (CARVALHO, 2015). O abolicionismo congrega autores que partilham da crítica sociológica às agências penais. Andrade (2006, p. 166-167) e Carvalho (2015, p. 245) valem-se das variantes abolicionistas não conflitantes elencadas por Zaffaroni (2001, p. 98) para designar seus principais

representantes. São eles: Michel Foucault (estruturalista), Thomas Mathiesen (materialista-marxista), Nils Christie (fenomenológico-historicista) e Louk Hulsman (fenomenológica).

Carvalho (2015, p. 245-257) e Zaffaroni (2001, p. 98-103) abordam a obra de cada representante. Em breve síntese, Foucault gerou radical mudança no discurso da criminologia crítica e, com isso, conferiu importantes subsídios ao movimento abolicionista, mediante análise das estruturas de poder, principalmente a relativa aos estabelecimentos carcerários. Mathiesen centralizou seus estudos na abolição do irracional encarceramento, negando até mesmo quaisquer propostas substitutivas, como as penas alternativas. Sua proposta é estratégica e baseia-se em criar condições para uma revolução permanente – não para remodelar o sistema de penas, mas para reformá-lo gradualmente. Christie, por sua vez, parte do pressuposto de que a pena é encarregada exclusivamente de produzir sofrimento e impor dor. Para a redução do sofrimento imposto, busca o autor opções aos castigos – negando também as penas alternativas por julgá-las como castigos opcionais, que em verdade estendem a rede de punitividade e a relegitimam. Essas opções incluiriam formas de justiça participativa e comunitária. Aproxima-se das relações privadas, com a reparação pelo dano causado, e afasta-se do modelo sancionatório de restrição de liberdade.

A perspectiva teórica minimalista está “às voltas com a limitação da violência punitiva e com a máxima contração do sistema penal, mas também com a construção alternativa dos problemas sociais” (ANDRADE, 2006, p. 174). Os modelos minimalistas apresentam profunda heterogeneidade e podem ser divididos, principalmente, em duas variantes. A primeira delas, diante da crise (estrutural) de legitimidade do sistema penal, toma o minimalismo como um meio para o abolicionismo. A segunda variante concebe como conjuntural deslegitimação do sistema penal e propõe o minimalismo como um fim em si mesmo para a relegitimação do sistema. O representante dessa vertente é o modelo de direito penal mínimo elaborado por Ferrajoli.

Por outra via, a vertente do minimalismo como meio persegue o abolicionismo como fim, adotando estratégias de curto e médio prazo para essa transição por não vislumbrar possibilidade de relegitimação do sistema penal (ANDRADE, 2006). Seus modelos mais expressivos são o de Baratta e o de Zaffaroni, a ser explorado mais adiante como a justa crítica fornecida pela perspectiva negativa ou agnóstica de pena

aos pressupostos ético-políticos do garantismo. Por ora, cumpre adentrar o chamado realismo marginal latino-americano, para o qual “o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo” (ZAFFARONI, 2001).

De tal modo, provoca a reflexão de se perquirir meios menos violentos do que a pena para a resolução de conflitos mesmo na hipótese de ser alcançado o modelo de direito penal mínimo (ZAFFARONI, 2001). Ao mesmo tempo, para que se vislumbrem tais meios menos violentos pela deslegitimação do poder punitivo (abolicionismo como objetivo estratégico), impõe-se uma práxis política que reconheça “o quadro, as contradições e a complexidade do poder na história” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 651).

Pretende-se então adotar a tese de Andrade (2006, p. 177) de que “a oposição abolicionismo x minimalismo e o correlato posicionamento a favor ou contra é equivocado e, até certo ponto, uma falsa questão”. Encaminha-se que sejam reduzidas as distâncias entre os minimalismos e os abolicionismos para que não se percam, de maneira absurda, “numa discussão entre posições que não estão distantes umas das outras” (ZAFFARONI, 2001, p. 112). Disso decorre de que as vertentes do minimalismo como meio são complementares em relação aos abolicionismos porque com eles se dialetizam e a eles se reconduzem taticamente. De outra modo, a vertente garantista é contraditória em relação aos abolicionismos e instaura uma antítese dialética (ANDRADE, 2006). Como já tratado anteriormente, Ferrajoli, apesar de negar as teorias abolicionistas, confere a elas o mérito de impor às teorias que justificam a pena o *ônus da justificação*.

A importância do diálogo entre os abolicionismos e os minimalismos como meio é premente para que se dê o tom da crítica ao minimalismo garantista. Para isso é necessário destacar que não se deve confrontar a falsa antítese abolicionismo x minimalismo, mas sim confrontar a antítese abolicionismo x eficientismo penal (ANDRADE, 2006). Este último orchestra a expansão e relegitimação do sistema penal pelo discurso oficial da *Lei e Ordem*, de matriz norte-americana, e consiste na prática hegemônica na era da globalização neoliberal (ANDRADE, 2006). Manifesta-se por um *autoritarismo cool* (superficial e midiático) que já se encontra inserido na América Latina (ZAFFARONI, 2011). O eficientismo penal toma a crise do sistema penal como uma crise de eficiência: se o sistema não funciona e a criminalidade não

é eficientemente combatida, é porque falta repressão, o que, por sua vez, impõe uma expansão do sistema penal repressor pela adoção de políticas de “tolerância zero” (ANDRADE, 2006).

Diante desse quadro hegemônico de expansão do sistema penal, torna-se necessário superar o falso dilema abolicionismo x minimalismo, já que as perspectivas teóricas minimalistas – como meio ou como fim em se mesmo – são capazes de dialogar com as perspectivas abolicionistas e ao mesmo tempo se opor ao discurso oficial eficientista. Para Andrade (2006, p. 179), é possível dar novo significado aos minimalismos, “apontar fronteiras móveis onde parece edificar-se muros”. Esse será o *tom* da crítica aos pressupostos ético-políticos do modelo garantista de direito penal mínimo, que virá de uma perspectiva teórica imersa no realismo marginal a tomar como meio para, já que se impõe superar aquele falso dilema. O dilema do nosso tempo é a concorrência absolutamente desleal do eficientismo.

2.3.2 A fragilidade do Garantismo

Ainda que o modelo axiomático proposto por Ferrajoli seja de suma importância como o referencial para uma dogmática de processo penal voltada à minimização e contenção dos arbítrios do poder punitivo, faz-se necessária a já anunciada crítica aos seus pressupostos ético-políticos. Nesse ponto, o projeto garantista representa muito mais um ideal de política criminal do que qualquer modelo novo de teoria da pena (JOBIM, 2008).

Critica-se a adoção de uma teoria justificacionista da pena (utilitarismo reformado) com finalidades de prevenção geral negativa para dissuadir do cometimento de novos crimes e, ao mesmo tempo, evitar vinganças desproporcionais motivadas pela inexistência de punição. Trata-se de uma concepção claramente positiva de pena, vista como um *mal menor*, que o utilitarismo reformado legitima para depois limitá-lo. (JOBIM, 2008). No que toca a prevenção de vinganças desproporcionais, pressupõe-se estar demonstrado que o direito penal evita vinganças privadas. É de se considerar que a necessidade de evitá-las pode não ser realizável pela imposição de uma pena (JOBIM, 2008). Já a função dissuasória assumida pela prevenção geral negativa, sem embargo da crítica agnóstica, é extremamente complicada de se comprovar empiricamente (JOBIM, 2008), por não

se deixar confirmar ou desmentir, de modo a sempre se poder recorrer a ela para legitimar a pena (LARRAURI, 2005).

Carvalho (2015, p. 231) alerta que, “face ao apego ao classicismo penal e sua marcada gênese iluminista”, o garantismo penal confere novos fundamentos de legitimidade ao poder punitivo. Ferrajoli (2006, p. 318) expressamente defende que “um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade”, tendo nas garantias de direito e processo penal suas condições de justificação. O modelo garantista de direito penal mínimo, afinal de contas, tem no minimalismo um fim em si mesmo.

É contraditório que Ferrajoli (2006, p. 319) reconheça que aquilo que ele chama de *justiça penal* “talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos” e, ainda assim, não consiga “ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do *bom poder punitivo*” (CARVALHO, 2015, p. 234). Nesse ponto, é incontornável o conflito interno de uma teoria garantista do direito penal “enquanto doutrina axiológica de justificação e, ao mesmo tempo, de deslegitimação dos concretos sistemas penais” (FERRAJOLI, 2006, p. 320).

Na resposta positiva à pergunta sobre a necessidade de se punir reside a origem de tal contradição. O problema pulsante do utilitarismo reformado localiza-se no “bloqueio que faz de dados da realidade cotidiana” (JOBIM, 2008, p. 147) – bem como, acrescenta-se, latino-americana. É preciso reconhecer, sem que se tenha por base dados falsos da realidade, que o direito penal não soluciona os problemas sociais gravíssimos, mas pelo contrário: em geral os potencializa (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Assim, a crítica à escolha pela punição pressupõe a minimização dos riscos gerados pelos aparatos punitivos, o desvelamento dos discursos penais declarados e não cumpridos, e por fim, a retomada da natureza política da pena, para além de qualquer idealização (CARVALHO, 2016).

2.3.3 A Teoria Agnóstica da Pena

Como já anunciado, a crítica que se pretende dirigir ao modelo de justificação racional do garantismo, o utilitarismo reformado, parte da concepção agnóstica – obtida negativamente – de pena. Essa premissa deve, em primeiro lugar, ser desenvolvida tendo-se em mente que a pena constitui “uma das formas através das

quais a sociedade (como regra, por meio do Estado) intervém nos conflitos” (DUCLERC, 2016, p. 41).

As agências políticas, por sua vez, formalizam seus programas de intervenção nos conflitos pela via legislativa, que tem por função programar uma decisão para esses conflitos, e o faz mediante diferentes modelos decisórios. Entre esses modelos, os principais são o reparador, o conciliador, o corretivo, o terapêutico, e, por fim, o punitivo; que podem intervir nos conflitos como solução ou como mera decisão (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). O modelo punitivo demonstra pouca aptidão a solucionar conflitos, mas tão-somente a suspendê-los no tempo pelo aprisionamento do ofensor. É um modelo que, ao contrário do reparador ou do conciliador, exclui a vítima e busca a dissolução temporal do conflito (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

Ultrapassada a primeira premissa, ainda cabe apontar a diferenciação de que se valem Zaffaroni e Batista quanto às funções que o poder estatal concede às suas instituições. Podem ser funções manifestas, “que são expressas, declaradas e públicas” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 88). O código penal, por exemplo, é uma lei penal manifesta com declaradas pretensões de cumprir com sua função. Por outro lado, Zaffaroni e Batista também atestam que essa função manifesta não costuma coincidir integralmente com o que determinada instituição realiza na sociedade. Por isso, o poder estatal também pode conceder a ela funções latentes ou reais, o que deve sempre ser objeto de crítica institucional, em especial quando se tratar do poder punitivo. Afinal, o poder estatal amplia-se consideravelmente quando seu discurso não exprime suas funções reais, ao se valer de função manifesta não-punitiva com funções latentes punitivas (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). De fato, a maior parte do poder estatal tem funções manifestas não-punitivas e funções latentes que, em duas situações distintas, ou são claramente punitivas ou podem ser punitivas, numa situação mais confusa. A primeira situação anuncia as leis penais latentes, que, apesar de não se declararem expressamente punitivas, passam “a fazer parte do objeto de interpretação do direito penal como saber jurídico”; enquanto a segunda situação, mais confusa e oscilante, expressa as leis penais eventuais, cujo conteúdo punitivo dependerá do uso que se atribui a esse poder quando exercido em cada caso (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 88-90). Aqui se insere a problemática legitimidade das prisões preventivas, a ser abordada no próximo capítulo.

Uma ideia ampla de pena decorre do desvelamento do conteúdo punitivo de legislações penais (latentes ou eventuais) que assim não se manifestem. Isso impõe que o conceito de pena deverá abarcar o conteúdo punitivo dessas legislações, o que indica sua forma de delimitação. De mesmo modo, a partir da afirmação de que a pena delimita o horizonte de projeção do direito penal, é certo que este interpreta tais legislações com a finalidade de orientar decisões judiciais e constrói um sistema de interpretação que não é neutro, mas satisfaz o objetivo de fortalecimento do estado de direito mediante a contenção do poder punitivo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 90-92).

Indicada a forma de delimitação, ainda resta necessária a delimitação em si, ou seja, distinguir a pena de outras formas de coerção para que se possa enunciar de maneira precisa o seu conceito. Cumprir tal tarefa, entretanto, não é possível sem que se examine a função política do direito penal e, também, sem que se aprofunde sua identificação com modelos ideais de estado (democrático) de direito ou de estado (autoritário) de polícia. Ainda que se possa verificar na história alguma tendência ao progresso do estado de direito, esse progresso sofre “marchas e contramarchas”, já que em todo estado histórico (ou real) ocorrem progressos e retrocessos. Na prática, estados de direito e de polícia coexistem e lutam entre si, mesmo nas sociedades mais democráticas e apesar das conquistas da internacionalização dos direitos humanos (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 93-95).

A coexistência entre estado de direito e estado de polícia persiste porque a competitividade entre as agências faz com que estas pretendam, cada vez mais, estender seu poder, o que inviabiliza o desaparecimento do estado de polícia. Razão disso é que Zaffaroni e Batista (2003, p. 96) identificam o exercício do poder punitivo como “um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito” e chegam à conclusão de que legitimar o poder punitivo significa legitimar componentes do estado de polícia e, de mesmo modo, ir de encontro ao estado de direito.

As duas últimas constatações implicam uma crítica crucial às teorias justificacionistas, ou *positivas*, da pena, levando-se em conta que todas legitimam o poder punitivo – e a atuação do estado de polícia – em maior ou menor escala. Essas teorias não admitem que seja pena a coerção estatal que não tenha função punitiva manifesta, ainda que sua função latente (clara ou eventual) o seja. Além do mais, por

considerarem a função manifesta como algo positivo, pode-se delas deduzir um pretensão *jus puniendi* (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 96-97).

A função punitiva manifesta, como algo positivo, serviria para definir os limites materiais de atuação do estado de polícia, mas fracassa nessa empreitada, o que torna necessário o recurso a outros limites formais – sejam eles processuais, constitucionais ou internacionais. A necessidade de tantos limites deve causar certa desconfiança, pois dá a entender não se tratar de um direito penal subjetivo e titularizado pelo estado (*jus puniendi*) que se deve regular, mas tratar-se de um poder punitivo (*potentia puniendi*) a ser contido e limitado normativamente (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 97-98).

Diante do fracasso das diversas teorias justificacionistas ou positivas da pena quanto às suas funções manifestas, é necessária a adoção de uma *teoria negativa ou agnóstica* da pena que não legitime os elementos de estado de polícia próprios ao poder punitivo, que deve ser contido. Disso decorre um conceito de pena a ser obtido negativamente, pois não concede à pena qualquer função positiva, além de ser obtido por exclusão (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 98-99). Conceitua-se, assim, que

A pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 99)

Excluídas qualquer vinculação ao modelo reparador de solução de conflitos, bem como tratar de coerção diversa daquela direta, administrativa ou policial (quando legítima), a teoria agnóstica da pena dá guarida a uma ideia ampla de pena ao incorporar as leis penais latentes e eventuais ao âmbito do direito penal, em casos que o exercício do poder punitivo à margem ou mediante abuso da lei implica na imposição de penas, ainda que sejam penas ilícitas (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 99-101).

Ao mesmo tempo, a teoria agnóstica delimita um conceito de pena que a reduz a um mero ato de poder para o qual não se admite outra explicação racional diversa da explicação política. Por isso os operadores das agências jurídicas atuam racionalmente quando assumem a função de limitar e conter o poder punitivo, assim, exercem um poder (judicial) que só se legitima quando contém o exercício de um outro

poder (punitivo) ilegítimo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). É possível, então, traçar um paralelo entre a pena e a guerra: esta “constitui um exercício de poder não-legitimado, mas nem por isso ela deixou de existir”, ao passo que aquela, somada a todo o poder punitivo, “é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter, mas não eliminar” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 109-110).

Esse paralelo expressa a melhor crítica que pode ser feita ao utilitarismo reformado de Ferrajoli, que pretende limitar o poder punitivo – aqui inclua-se a pena – ao mesmo tempo que o legitima, se aplicado na prática atual. Trata-se de uma teoria positiva da pena e do poder punitivo. A teoria agnóstica da pena rechaça a necessidade de qualquer teoria positiva para que se possa obter “elementos orientadores próprios do direito penal liberal, que aprofundem a tradição iluminista e revolucionária (racionalista) da segunda metade do século XVIII e primeira do século XIX”, já que o poder punitivo deve ser contido e toda legitimação sua, ainda que parcial, é enganosa (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 112).

2.4 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA AGNÓSTICA DO PROCESSO PENAL

Nos tópico anterior foi empreendida a necessária crítica o modelo garantista por pressupor uma teoria positiva da pena e, assim, legitimar o poder punitivo, ainda que na tentativa de contê-lo. É preciso ressaltar que, apesar dessa crítica, o garantismo ainda é capaz de apresentar um modelo de dogmática penal capaz de conter o poder punitivo e pode ser tomado como o caminho necessário à gradual substituição modelo punitivo de decisão de conflitos por outro que de fato os solucione por meio de mecanismos alternativos e racionais diversos da pena (DUCLERC, 2016). Trata-se de se valer do minimalismo como um fim para o abolicionismo, o que torna possível potencializar o paradigma garantidor para a limitação do poder punitivo (JOBIM, 2008).

Carvalho (2015, p. 264) reconhece a relativa harmonia da crítica marginal com o modelo garantista como uma convergência que possibilita a elaboração de uma teoria normativa limitadora capaz de instrumentalizar mecanismos processuais de proteção ao mais débil “a partir do reconhecimento da natureza política da resposta estatal ao desvio punível”.

Para isso, diante dos referenciais teóricos apresentados neste capítulo, uma teoria agnóstica do processo penal não pode ignorar ou ocultar ideologicamente a

perda de legitimidade do sistema penal e o paradoxo de a pena ser uma forma de exercício do poder punitivo que deve ser contido, mas que os juristas não têm o poder extinguir. Ao invés de ignorar tais fatores, tal teoria deve procurar dar-lhes “um tratamento minimamente racional, conforme uma lógica de *redução de danos*” (DUCLERC, 2016, p. 43). A racionalidade da atuação dos juristas, afinal, reside em conter o poder punitivo e deve se fazer presente na construção da dogmática processual penal.

Há, no entanto, o entrave de nunca ter sido construída apropriadamente uma teoria adequada ao Direito Processual Penal, mas sim ter sido tomado uma espécie de “atalho metodológico” que adaptou e incorporou de maneira acrítica construções do direito processual não penal (DUCLERC, 2016). Tal incorporação acrítica não leva em conta os modelos de decisão de conflitos de que se valem o processo civil, com modelo reparador de solução de conflitos, e o processo penal, com o modelo punitivo que não soluciona conflitos, mas suspende-os no tempo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Existem diferenças evidentes entre o processo penal e o processo civil e não meras peculiaridades que justificariam uma teoria unitária, ou seja, uma Teoria Geral do Processo. Uma das principais diferenças é a obrigatoriedade de no processo penal se observar o princípio do *favor libertatis* ou *favor rei* (MOREIRA, 2015).

A Teoria do Processo Civil foi pensada conforme o modelo reparador e isso traz consequências para a autonomia da disciplina pela separação entre direito de ação e direito material. O modelo punitivo, por outro lado, decide o conflito (não o soluciona nem repara dano) pela aplicação de uma pena, exercício do poder punitivo que não deve ser legitimado, mas, pelo contrário, contido. Tais modelos intervêm de forma completamente distinta no conflito e caracterizam fenômenos processuais também distintos, de modo que a importação acrítica de conceitos e categorias do processo civil pelo processo penal trouxe enormes prejuízos à esta disciplina, a exemplo de uma espécie de naturalização de um direito subjetivo de punir (*jus puniendi*), deduzido pelas falhas teorias positivas da pena, e de um correlato direito de perseguir criminalmente em juízo (DUCLERC, 2016, p. 103-104).

A autonomia do Direito Processual Penal deve ser alcançada a partir dessa distinção entre fenômenos, que pode ser aprofundada pela identificação de um critério técnico no plano concreto. Para tanto, o critério mais seguro a ser adotado é a distinção pela natureza da pretensão do autor. O processo, então, será penal se a pretensão do autor for punitiva (ao passo que a pretensão do réu será de liberdade).

Uma pretensão de impor uma pena a alguém, tomada numa perspectiva agnóstica quanto a suas funções, “justifica a existência um processo cercado de garantias e sujeito a um regime principiológico especialíssimo” (DUCLERC, 2016, p. 105), ao passo que a negação a uma teoria unitária do processo implica no dever de o processo penal não se valer de princípios e regras orientadoras do processo civil (MOREIRA, 2015).

A distinção entre os fenômenos do processo civil e do processo penal pela natureza da pretensão é fundamental para a construção – não mais adaptação acrítica – dos conceitos operativos de suas ferramentas técnicas: os institutos da ação, jurisdição e processo, em suas relações de implicação recíproca (DUCLERC, 2016). Ressalte-se que, para os fins do presente trabalho, maior profundidade será conferida à jurisdição por sua íntima ligação com o princípio da presunção de inocência e – por desdobramento lógico – com as prisões cautelares, em especial as prisões preventivas.

Um conceito tradicional de ação no processo civil a trata, separada do direito material, como um direito subjetivo, público, autônomo e abstrato de invocar a tutela jurisdicional, o que é apontado como um marco da autonomia científica do direito processual. Tal caminho pode ser trilhado para que se (re)construa um conceito de ação penal pela rediscussão do modelo tradicional (DUCLERC, 2016).

De início, é preciso considerar a partir do modelo garantista (integrado) de direito e processo penal, “não faz qualquer sentido falar de um direito material de punir que não seja *constituído* no âmbito de um processo”, tanto que o princípio da presunção ou do estado de inocência impede responsabilização penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disso decorre a impossibilidade de se conceber um *jus puniendi*, mas uma *potentia puniendi* que não existe antes do trânsito em julgado e só pode ser executada se respeitadas as garantias penais e processuais como condição para a punição. Não se pode aplicar à ação penal o conceito tradicional de um direito subjetivo, mas sim de um poder de se “por em marcha os instrumentos estatais da persecução penal” (DUCLERC, 2016, p. 110) que se contrapõe ao direito subjetivo fundamental do indivíduo à liberdade. Em resumo, de um lado há um poder; do outro, sim, um direito. É possível então definir ação penal como

poder autônomo e abstrato de invocar a atuação da jurisdição penal, com a finalidade de constituir o poder jurídico estatal de punir, efetivá-lo concretamente, ou assegurar a sua implementação futura (DUCLERC, 2016, p. 112).

De mesmo modo, faz-se necessário reconstruir o conceito de processo a partir do conceito tradicional que o define pelo seu sentido etimológico como uma série ou sucessão de atos, o que indica uma ideia de sempre se avançar adiante. É de se notar que tal conceito é insuficiente pela ausência de um elemento essencial diferenciador (DUCLERC, 2016). Por ser impróprio se falar em lide no processo penal (MOREIRA, 2015), por esta ser um elemento accidental do processo – seja ele penal ou não (JARDIM, 1999), pode-se tomar como elemento essencial o conceito de pretensão, qual seja, o “desejo de submeter o interesse alheio ao próprio” (DUCLERC, 2016, p. 113), que constitui o próprio objeto do processo.

No caso do processo penal (condenatório), é característico que sua pretensão seja punitiva e inviabilize a simples noção de se avançar adiante, ou melhor, “caminhar para frente”. O processo precisa ser compreendido como uma garantia: um “*obstáculo* a ser progressivamente vencido pelo *caminhar para frente do poder de persecução penal*” (DUCLERC, 2016, p. 120), afinal não poderá haver qualquer responsabilização criminal sem um processo que a constitua. Permite-se, assim, conceituar processo como

Uma série ou sucessão de atos *necessários* à atuação de uma pretensão punitiva fundada, mediante a intervenção de órgãos do Estado dotados de poder jurisdicional, dentro de um prazo razoável (DUCLERC, 2016, p. 120).

A atuação dessa pretensão punitiva que define o processo só pode ser realizada pela intervenção desses órgãos pelos quais atua o Estado-Juiz, de modo que os conceitos de processo e jurisdição estão intrinsecamente ligados: um não existe sem o outro. Por outro lado, ao abordar a temática da jurisdição, a doutrina tradicional costuma atribuir-lhe a alcunha de forma racional e civilizada de solução de conflitos, para que se promova a paz social e o bem comum, em um discurso de evidente justificação ideológica do poder estatal (DUCLERC, 2016).

A abordagem tradicionalmente conferida à jurisdição é frágil às críticas realizadas neste trabalho à incapacidade de o modelo punitivo de decisão de conflitos, já que não os resolve. Ainda, ignora a atuação seletiva do sistema penal no processo

de criminalização secundária. Tais constatações exigem a (re)construção de um conceito de jurisdição apto a “reduzir gradativamente a violência punitiva do Estado, até a sua total eliminação numa perspectiva utópica” (DUCLERC, 2016, p. 121-122).

Apesar de a doutrina de Jardim (1999, p. 7), defensor de uma teoria unitária, considerá-la um poder-dever estatal de julgar, é comum que a doutrina tradicional a ela se refira como função ou atividade do Estado. Por conta disso, torna-se necessário identificar as características fundamentais que lhes sirvam como critério distintivo quanto às outras funções/atividades estatais. São elas: a substitutividade, pois substitui, de um patamar superior e imparcial, a vontade das partes; e a definitividade, pois essa substituição se dá por uma decisão em caráter definitivo (DUCLERC, 2016).

Para a (re)construção de uma noção de jurisdição no âmbito do processo penal, é imprescindível desde já limitar a definitividade somente às decisões favoráveis ao indivíduo, o que se manifesta na revisão criminal cabível apenas contra decisões condenatórias. Além do mais, a função jurisdicional deve tutelar as garantias individuais contra o (ilegítimo) exercício do poder punitivo do Estado, o que a implica

não exatamente como *poder*, mas como um autêntico *contra-poder*, que tensiona com o poder punitivo, para limitá-lo, única maneira possível de assegurar a efetividade do *direito* de defesa, conferindo-lhe a musculatura necessária para confrontar-se com a força do Estado-acusador (DUCLERC, 2016, p. 124).

Ultrapassada a conceituação e reconstrução dos institutos clássicos do fenômeno processual ação, jurisdição e processo, têm-se a tradicional classificação doutrinária em processo, ação ou jurisdição de conhecimento, de execução ou cautelar. É necessário discutir as limitações dessa classificação, em especial a cautelar, posto que uma herança da importação acrítica de categorias do processo civil. O processo, a ação ou a jurisdição cautelares servem para garantir a eficácia do processo de conhecimento, em outras palavras, cumpre a função de exercer uma tutela jurisdicional mediata dos meios e fins das outras espécies da classificação. É o caso das medidas assecuratórias, como a busca e apreensão, e dos requerimentos das várias espécies de prisão provisória (DUCLERC, 2016, p. 126-127), a exemplo da prisão preventiva – a ser explorada com maior profundidade no próximo capítulo.

3 A PRISÃO PREVENTIVA EM PERSPECTIVA CRÍTICA

Até este ponto do presente trabalho foram expostos os referenciais teóricos que uma teoria agnóstica do processo penal pressupõe, bem como foi esboçada a reconstrução dos conceitos operativos fundamentais da dogmática processual (ação, processo e jurisdição) para que atuem como tecnologia de minimização da violência intrínseca ao exercício do poder punitivo. Ultrapassado o ponto de partida, é essencial que agora sejam desdobrados esses fundamentos em uma análise por hora generalizada de um de seus elementos, o instituto da prisão preventiva.

Toma-se essa espécie de prisão (dita) processual como um desdobramento lógico (elemento) da jurisdição (ou ação ou processo) cautelar (DUCLERC, 2016), já estudado no final do capítulo anterior, e ao mesmo tempo, também do princípio da presunção ou estado de inocência, a ser abordado logo a seguir. Quanto a este último caso, é intuitivo perceber o conflito instaurado entre a imposição de prisões preventivas e a eficácia da presunção de inocência, diante da difícil coexistência entre ambas (LOPES JR., 2013), especialmente no âmbito de um verdadeiro sistema penal cautelar que abarca grande parte da criminalização (ZAFFARONI, 2011).

3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Qualquer estudo sobre prisões sem condenação torna-se impossível sem que se tenham em mente o conteúdo da garantia fundamental da presunção de inocência e a sua importância reconhecida pela positivação em diversos diplomas constitucionais e mesmo internacionais.

O princípio da presunção ou o estado de inocência – daqui em diante, tomados como sinônimos – surge, para Duclerc (2016, p. 51-52), como o “mais importante” dos princípios de aplicação específica para o processo penal e que deve ser compreendido como “conseqüência lógica do princípio da liberdade, ao passo que Lopes Jr. (2016, p. 95-96) o considera o “princípio reitor do processo penal”, cujo nível de observância (eficácia) permite verificar a qualidade de um sistema processual.

Retomando o pensamento de Ferrajoli (2006, p. 503) os valores da jurisdição penal podem ser identificados, entre outros aspectos com “a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva e com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais a todos”. Na medida em que propõe a jurisdição como atividade

necessária à obtenção da prova do cometimento de um crime, “nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena”, desde que tal prova tenha sido produzida regularmente em juízo (FERRAJOLI, 2006, p. 505). A referida imunidade dos cidadãos, em especial frente ao exercício do poder punitivo (uma *potentia puniendi*) torna-se mais evidente ao considerarmos a jurisdição, de fato, um contra-poder, como no capítulo anterior. O ponto central da questão é que o princípio da submissão à jurisdição² “postula a presunção de inocência do imputado até a prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação” (FERRAJOLI, 2006, p. 505). Binder (1999, p. 123) destaca o Juízo prévio e a presunção de inocência como garantias básicas do processo penal a partir e sobre as quais se começa a construir “*el escudo protector*” frente ao poder arbitrário, ao passo que “*son dos caras de una misma moneda*”.

A presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade e representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, mesmo que se tenha de arcar com a impunidade de algum culpado (FERRAJOLI, 2006). Trata-se de uma opção ideológica em que se elege como valor o maior interesse na tutela de todos os inocentes, sem exceção (LOPES JR., 2013). Sujeita-se, portanto, às marchas e contra-marchas da história. O princípio da presunção de inocência tem origens no direito romano e foi ofuscado – ou praticamente invertido – pelas práticas inquisitórias da Baixa Idade Média, somente recuperando relevância na modernidade (FERRAJOLI, 2006). Entre outros, já afirmava Beccaria (2016, p. 41-42) que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz” e que “perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou”.

Na esteira desse percurso histórico, a presunção de inocência foi consagrada em diversos diplomas e Cartas de direitos, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco da Revolução Francesa de 1789, ao versar que “cada homem é presumido inocente desde que não tenha sido declarado culpado”. O estado de inocência ainda foi submetido aos ataques da Escola Positiva Italiana e, de maneira mais grave, pela orientação fascista de Vincenzo Manzini expressa na Itália pelo Código Rocco de 1930 – que inspira o código de processo penal brasileiro vigente desde 1941, durante o regime do Estado Novo.

² O princípio da submissão à jurisdição expressa-se, em sentido lato, pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*, ou seja, exige que não há culpa sem juízo. Já em sentido estrito, exige que não pode haver juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (FERRAJOLI, 2006).

A reavaliação da presunção de inocência no pós-guerra toma força na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao versar que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Zaffaroni e Batista (2003, p. 94) pontuam que “a positivação dos direitos humanos em nível internacional constitui um extraordinário esforço universal em favor do estado de direito”, ainda que esta seja uma luta por um modelo ideal e que até hoje não foi consumado.

A superação dos retrocessos autoritários no Brasil, após o fim da Ditadura Militar, começa a se manifestar na consagração expressa do princípio da presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, positivada em seu art. 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ainda é imprescindível a menção ao art. 8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), em vigor para o Brasil desde 1992, que entre suas garantias judiciais prevê que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Se o reconhecimento da presunção de inocência compõe uma opção ideológica, está mais que evidenciada a orientação política assumida pelo Estado brasileiro para a sua proteção, mesmo que ainda enfraquecida pelas heranças autoritárias.

São associáveis à presunção de inocência dois significados garantistas. O primeiro deles, no sentido de uma “regra de tratamento do imputado”, exclui – ou ao menos restringe ao máximo – a limitação da liberdade pessoal. O segundo significado, no sentido de “regra de juízo”, impõe o ônus da prova à acusação, além da absolvição em caso de dúvida (FERRAJOLI, 2006, p. 507).

De maneira similar, porém diversa, Lopes Jr. (2016, p. 96-97) compreende que a presunção de inocência impõe um dever de tratamento que atua em uma dimensão interna ao processo e em outra externa. Na dimensão interna, a presunção de inocência é um dever de tratamento imposto inicialmente ao juiz. Engloba tanto a integral atribuição da carga probatória ao órgão acusador, e a inexorável absolvição em caso de dúvida; quanto as severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares. Na dimensão externa, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”, como uma espécie de limite

democrático à exploração midiática e sensacionalista em torno do crime e do processo penal.

Posição diferente mantém Nucci (2015, p. 33-34), para quem o objetivo primordial do estado de inocência (ou da não culpabilidade) é garantir que cabe à acusação o ônus da prova, ao evidenciar a culpa do réu com provas suficientes. Por outro lado, ainda afirma que a presunção de inocência “confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que os indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública”. Tal discurso afasta-se habilmente do ideal de exclusão ou restrição máxima e severa da limitação à liberdade pessoal. Deixa a sutil impressão da exceção que confirma a regra.

De qualquer modo, certo é o *status* de norma constitucional a que foi alçado o princípio do estado de inocência. Suas repercussões são notáveis em diversos institutos do Direito Processual Penal. Assumido como regra de juízo e de tratamento³, tal princípio traz repercussões importantes no que se refere à disciplina jurídica da prova e ao sistema de prisões processuais. Da primeira repercussão, apesar de sua reconhecida importância, não convém a este trabalho uma abordagem pormenorizada para que não se furte ao aprofundamento de seus objetivos. Esta se reflete na regra de juízo que atribui à acusação todo o ônus da prova, ou seja, “a *verdade* corresponde à inocência do acusado” até que a sentença penal condenatória forme coisa julgada, de modo a não haver necessidade de um inocente comprovar o estado de inocência que já recai sobre si (DUCLERC, 2016, p. 52-53). Mais ainda, decorre dessa regra o princípio do *in dubio pro reo* ou princípio do *favor rei*, pois, “*la situación básica de libertad debe ser destruída mediante una certeza*”, caso contrário – havendo dúvida – “*permanece el status básico de libertad*” (BINDER, 1999, p. 127).

A regra de tratamento associada à presunção de inocência traz também importantes repercussões no sistema de prisões processuais, pois até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o acusado deve ser tratado como inocente (DUCLERC, 2016). Tal tratamento exige, como já antecipado, a exclusão ou pelo menos a restrição ao máximo de qualquer limite à liberdade pessoal do acusado enquanto não houver condenação definitiva, o que evidencia o conflito entre o

³ É coerente a adoção dos significados garantistas associados à presunção de inocência, mas sem que se deixe de reconhecer a importante construção do dever de tratamento que atua na dimensão externa ao processo.

princípio da presunção de inocência e as modalidades de prisão sem condenação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese aquele não tenha abolido estas – já que o inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão “em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

Do estado de inocência decorre que, até a condenação em definitivo, ninguém poderá sofrer antecipadamente os efeitos de uma eventual condenação (DUCLERC, 2016). Para Karam (2009, p. 2-3), enquanto ainda admitidas as prisões provisórias, estas só poderiam ser impostas excepcionalmente, uma vez que a irreparável privação de liberdade nesses casos deve ser demonstrada como o único meio de assegurar a possibilidade e a eficácia de eventual pronunciamento final condenatório. O sacrifício da liberdade, se ainda admitido, só poderia ocorrer excepcionalmente, nos casos absolutamente necessários. Caso contrário, viola-se a regra de tratamento e “haverá clara antecipação da punição, imposta durante o transcorrer da investigação criminal ou do processo”. Isso porque a finalidade da presunção de inocência, enquanto garantia processual penal, é tutelar a liberdade do indivíduo (MINAGÉ, 2016, p. 86-87).

Afirmar a universalidade dos inafastáveis princípios garantidores, como o do estado de inocência, expresso nas declarações de direitos humanos e nas Constituições democráticas, é necessário para que se cumpra a urgente tarefa de contenção do poder punitivo e a inversão dos rumos repressivos tomados pelo eficientismo penal do discurso oficial da *Lei e Ordem* (KARAM, 2006). A regra de tratamento, como significado garantista associado à presunção de inocência, talvez seja “*el núcleo central de esta garantía*”. Por conta dele o imputado não pode ser tratado como culpado e não se pode lhe antecipar a pena, que é consequência direta da comprovação de sua culpabilidade. Nesse ponto se revela a problemática questão das prisões preventivas que são rotineiramente utilizadas como pena (BINDER, 1999, p. 129).

É fundamental a este trabalho a denúncia de Binder (1999, p. 129-131) de que a realidade do processo penal está muito distante de cumprir o programa constitucional da presunção de inocência, que muitas vezes mais parece uma ficção. Um dos sinais evidentes de que o estado de inocência é um programa a se realizar, uma tarefa pendente, é o fenômeno dos presos sem condenação. Estes formam a maior parte da clientela aprisionada pelo poder punitivo latino-americano

(ZAFFARONI, 2011). É certo que não se pode ignorar tal quadro com considerações simplesmente exegéticas ou dogmáticas, porém, do mesmo modo, não se pode também deixar de compreender a dogmática posta, em especial quando se pretende instrumentalizá-la para uma estratégia de redução de danos, para a máxima contenção do poder punitivo, com o urgente “resgate de um processo penal orientado pela supremacia da tutela da liberdade sobre o poder punitivo” como caminho necessário a uma futura abolição do sistema penal (KARAM, 2006, p. 111-113).

3.2 A ILEGITIMIDADE DAS PRISÕES PREVENTIVAS

O conflito entre a garantia do estado de inocência e a restrição à liberdade do cidadão acusado de um crime antes de sua condenação toma grandes proporções tanto no plano teórico, pelas constantes e necessárias análises da dogmática em torno das prisões preventivas, de seus requisitos e de seus fundamentos; quanto no plano prático, diante da banalização de seu uso com fins por (muitas) vezes diversos daqueles que são declarados pela legislação. Motivos não faltam para que se discuta sua legitimidade, considerando-se que “a prisão preventiva, na grande maioria dos casos, fere a presunção de inocência e, por conseguinte, configura-se como uma pena anterior à sentença” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 292).

Ainda assim, Zaffaroni e Batista (2003, p. 292-293) apontam a existência de duas correntes que tentam, por vias distintas, viabilizar a legitimação discursiva das prisões preventivas. São elas as teorias substantivistas e as processualísticas. A primeira delas corresponde aos modelos de direito penal autoritário da Escola Positiva de Ferri e Garófalo, do fascismo de Manzini e do próprio nazismo. Tal corrente reconhece o caráter de pena das prisões preventivas e trata de legitimá-las como tal, restando o princípio da presunção de inocência subordinado à necessidade de ordem. Apela, de tal modo, para conceitos como “a satisfação da opinião pública, a necessidade, a necessidade de intimidar, a urgência para controlar o clamor público, a dissuasão e a exemplaridade social”. As teorias processualísticas, por sua vez, não admitem o caráter punitivo das prisões preventivas, e tentam legitimá-las enquanto medidas, de fato, processuais. Incorrem tais teorias, porém, na grave falha de recorrer ao processo civil ao identificar ao identificarem a prisão preventiva com as medidas cautelares de que se vale o modelo reparador. Mais uma vez o problema da importação acrítica de categorias do processo civil. Trata-se de um formalismo que

faz pouco caso da presunção de inocência e não se dá conta da radical diferença entre a limitação patrimonial e a perda de liberdade, em especial nas suas consequências: o patrimônio é reparável ou recuperável, já a devolução do tempo que se passa preso, não.

3.2.1 A perspectiva garantista

Na contramão dessas teorias, ganha força a aquela que reconhece a essência penal da prisão preventiva para que possa reduzi-la ou suprimi-la. Tal perspectiva encontra-se apta a oferecer importantes contribuições a um processo penal que se proponha a limitar e conter o exercício do poder punitivo. Como expoente dessa teoria, Ferrajoli (2006, p. 507-508) reafirma a importância da presunção de inocência ao sustentar que tal princípio impõe a ilegitimidade e a inadmissibilidade da prisão preventiva. A história dessa prisão sem condenação está intimamente ligada com o percurso histórico da presunção de inocência, em especial na Europa Ocidental, como brevemente narrado no tópico anterior. Chegou a ser admitida e proibida na Roma Antiga, tomada como pressuposto da instrução em procedimentos inquisitórios na Idade Média, e novamente estigmatizada pelo Iluminismo e pela redescoberta do processo acusatório (FERRAJOLI, 2006).

Ponto controverso nesse percurso histórico é que, mesmo de certo modo estigmatizada, a prisão preventiva seguiu legitimada pelo pensamento iluminista, que a denuncia, exige sua limitação, mas não a suprime: é tratada como se fosse uma espécie de “injustiça necessária” e acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico, numa posição precária e incapaz de conter o seu desenvolvimento patológico. (FERRAJOLI, 2006). Representa essa posição processualística o “sofisma segundo o qual ela seria uma medida ‘processual’, ‘cautelar’ ou até mesmo ‘não penal’, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo”. (FERRAJOLI, 2006, p. 509). Ferrajoli (2006, p. 511) contrapõe-se ao dito *sofisma* ao apontar-lhe a seguinte inconsistência: ao admitir o encarceramento de um cidadão presumido inocente por necessidade processual, “nenhum jogo de palavras pode impedir que tal fato também se dê por ‘necessidade penal’”.

Portanto, grave consequência dessa legitimação precária – nesse caso, em especial, por Carrara – está na perversão da prisão preventiva pelas teorias substantivistas ao deixar de ser exclusivamente instrumental às finalidades do

processo e passar a ser tomada como instrumento de prevenção e defesa social. Atribui-se, assim, à prisão preventiva “as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena” e lhe priva o argumento utilizado pelas teorias processualísticas. Segue-se a isso o advento do fascismo, em que o Código Rocco a assume como “uma verdadeira medida de prevenção contra perigosos e suspeitos ou, pior, de uma execução provisória, ou antecipada, da pena” (FERRAJOLI, 2006, p. 510).

Mais recentemente, vislumbram-se previsões normativas que incluem – junto às hipóteses de perigo de fuga do acusado e risco de interferência na produção de provas – a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva com base na periculosidade social do imputado, no risco de reiteração delitiva ou pela análise de suas condições pessoais. Exemplo brasileiro consta no atual Código de Processo Penal, com o genérico fundamento na garantia da ordem pública incluído em seu artigo 312 pela Lei nº 5.349 de 1967, sancionada durante a Ditadura Militar – pouco mais de um ano antes da edição do Ato Institucional nº 5 – em alteração ao texto original concebido pelo Estado Novo e mantida ainda hoje, apesar das diversas reformas pelas quais passou o Código. Pavimenta-se, assim, a transformação da prisão preventiva de medida processual em medida de polícia.

Passa a ser pertinente a preocupação de Ferrajoli (2006, p. 511-512) de que a presunção de inocência seja reduzida a um mero engodo e sua busca por demonstrar a ilegitimidade da prisão preventiva e sua aptidão a provocar o esvaecimento não só do estado de inocência, mas de todas as outras garantias penais e processuais. Para tanto, pergunta-se se a prisão preventiva é realmente uma “injustiça necessária” ou se é produto de uma concepção inquisitorial de processo em que se busca presumir a culpa do imputado. A resposta para tal pergunta admite dois pontos de vista: um externo e outro interno. O ponto de vista externo prescinde a análise da Constituição, para que não se submeta à falácia de que tudo o que ela permite é justo e incontestável, enquanto o ponto de vista interno leva em conta o que prevê a Constituição.

Ferrajoli (2006, p. 512-513) concebe que é preciso questionar qual seria a necessidade a ser satisfeita pela prisão preventiva. De plano, são manifestamente inconcebíveis as prisões preventivas voltadas para finalidades substantivistas de prevenção e defesa social, já que ignoram a presunção de inocência e antecipam indevidamente a pena. Quanto às finalidades de tutelar a prova e evitar a fuga, estas atribuem finalidades estritamente cautelares e processuais, mas ainda devem ter sua

necessidade questionada e serem substituídas por meios menos gravosos. Defende Ferrajoli (2006, p. 513-515) que a não deterioração das provas antes do interrogatório poderia justificar somente uma breve condução coercitiva para crimes mais graves, o que ensejaria menor repercussão pública e menor efeito difamatório e infamante que a prisão, em especial se adotado um julgamento mais célere. Enquanto para o risco de fuga, reduzir ou abolir as penas de detenção, bem como as próprias prisões preventivas, que seriam, em primeiro lugar, o motivo de temor que levaria o acusado à fuga. Desse modo, sustenta que a contraditória prisão preventiva poderia ser suprimida, ao menos, até o primeiro grau de jurisdição pela necessidade processual de que o imputado, em sua defesa, esteja em igualdade de condições com a acusação.

É questão de coerência, contudo, explicitar pontos problemáticos na concepção de Ferrajoli quanto à ilegitimidade das prisões preventivas, em especial porque decorrem das próprias críticas atribuídas aos pressupostos ético-políticos do garantismo, tratadas no capítulo anterior. Ferrajoli (2006, p. 512) aponta que tratar a prisão preventiva como medida processual é espécie de “trapaça na formalidade” usada para dissolver “a função de tutela do direito penal e o papel mesmo da pena enquanto medida preventiva exclusiva”. Para superar tal impasse, propõe que

eliminando o medo e reabilitando as funções cognitivas em relação às funções potestativas da jurisdição, a supressão do cárcere sem processo valeria, em suma, mais que qualquer outra reforma, para resolver a crise de legitimação do Poder Judiciário e devolver aos juízes o papel, hoje descuidado, de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, 2006, p. 516).

É certo que Ferrajoli não corrobora com a ideia de deslegitimação do sistema penal pela sua irracionalidade vigente e operante, na perspectiva do realismo marginal (ZAFFARONI, 2001). A partir de uma teoria negativa ou agnóstica, a pena não cumpre com qualquer de suas funções manifestas, inclusive as de prevenção, e não pode ser tomada como uma medida preventiva exclusiva. Nos modelos atuais de sociedade, apenas em caráter excepcional a pena assume a função que minimalismo penal⁴ – portanto, também o garantismo – imagina para ela em uma sociedade futura (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 128-129). Reflexo dessa perspectiva voltada

⁴ Nesse ponto fala-se em minimalismo penal em um sentido mais amplo, em que Zaffaroni e Batista incluem tanto o garantismo de Ferrajoli, quanto o modelo de direito penal mínimo de Baratta.

para o futuro está na própria conclusão de Ferrajoli (2006, p. 516) sobre a abolição das prisões preventivas: “não escondo que a perspectiva aqui proposta pode parecer, a curto prazo, uma quimera”. É inócua a oposição de um “sentimento comum de justiça”, a orientar as agências penais na defesa da presunção de inocência, contra uma opinião pública formada pelo autoritarismo midiático que se propaga pelas campanhas de *Lei e Ordem*, fruto do eficientismo penal em plena expansão, como abordado no capítulo anterior. Ponderadas essas questões, não se pode desconsiderar a importância da abordagem de Ferrajoli em sua intenção de estender ao máximo possível o alcance da presunção de inocência, bem como na sua imediata retaliação à concepção de qualquer prisão preventiva voltada para fins de prevenção e defesa social, em evidente antecipação ilegítima da pena.

3.2.2 A perspectiva agnóstica

É preciso buscar uma via que responda à pergunta de Ferrajoli sobre a necessidade das prisões preventivas, dos pontos de vista externo e interno, para que oriente as decisões que as agências jurídicas devem adotar no presente, especialmente ante a realidade marginal de perda de legitimidade do sistema penal e exercício irracional do poder punitivo. Afinal, no caso das prisões preventivas, torna-se “ainda mais irracional, vendo-se habilitado antes mesmo de afirmar a existência do delito, ou seja, impondo uma pena pela mera acusação” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 292).

Esse quadro se percebe como ainda mais grave pela evidência de que a principal característica do poder punitivo latino-americano na atualidade, quanto ao encarceramento, reside em a maioria dos presos serem *processados não condenados* (ZAFFARONI, 2011). O Brasil, ao menos até o ano de 2011, mantinha média similar aos outros países da América Latina quanto à relação entre presos sem condenação e o total de sua população carcerária, mesmo sem ter submetido seu Código de Processo Penal a uma ampla reforma (LORENZO, 2011). Trata-se do país com a 4ª maior população prisional do mundo em números absolutos, com mais de 600 mil pessoas presas, das quais 41% são pessoas presas sem condenação definitiva, que podem ultrapassar os 50% em dez estados brasileiros – seis deles nordestinos, conforme o Levantamento Nacional de informações penitenciárias divulgado pelo Ministério da Justiça (2014, p. 12).

O contexto do encarceramento latino-americano constitui, ao menos numa perspectiva formal, uma inversão do sistema penal, mas do ponto de vista da realidade descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que preferiu se exercer pelo uso de prisões preventivas, admitindo uma presunção de periculosidade. A medida cautelar possui caráter de pena cautelar, cumprida em sua maioria pelos pequenos delinquentes comuns – os *indesejáveis* – que enfrentam alto grau de mortalidade, paralela às execuções do sistema penal subterrâneo (ZAFFARONI, 2011, p. 70-71). Expressa-se nesse contexto o eficientismo penal de matriz norte-americana, responsável pelo discurso publicitário e simplista do *autoritarismo cool*, inserido na América Latina pela globalização. Na esteira do 11 de setembro de 2001, o autoritarismo norte-americano encontrou no chamado *terrorismo* o inimigo capaz de suprir o vazio deixado pelo fim da Guerra Fria, evocando uma nova emergência para justificar a imposição internacional de legislações penais e processuais penais autoritárias por todo o mundo (ZAFFARONI, 2011, p. 64-70). Por resultado dessa nova emergência, com reflexo no grande encarceramento cautelar de presunção de periculosidade, “Na América Latina, todo *suspeito* é tratado como *inimigo*” (ZAFFARONI, 2011, p. 189).

Conforme Zaffaroni (2011, p. 109-111), nessa região, sempre levando-se em conta o fator seletividade, é a legislação processual que legitima os confinamentos cautelares e esgota a maior parte do exercício do poder punitivo repressivo. Legislação essa que regula todo um sistema penal oficial que opera antes da condenação: o sistema penal cautelar, muito mais importante que o sistema penal de condenação. Esse sistema cautelar é pautado pela *seriedade da suspeita* do cometimento de um crime e por considerações de periculosidade e dano. Trata-se aqui de uma *periculosidade da suspeita*, em que os critérios adotados para o encarceramento cautelar (ou outras medidas dessa natureza) não têm natureza processual, mas sim claramente penal, muitas vezes observados na análise das consequências jurídicas do crime. A natureza do sistema penal cautelar latino-americano é penal.

Do ponto de vista externo à Constituição, a resposta de Zaffaroni (2011, p. 113-114) à questão sobre as prisões preventivas permite reconhecer que sua legitimação implica um problema sem solução, para o qual a única saída possível é o reconhecimento de sua natureza punitiva e conseqüente ilegitimidade, no que se assemelha ao diagnóstico de Ferrajoli, em especial por também fazer a advertência

em que “a possibilidade de um processo penal sem confinamento preventivo pareça distante”. Mas vai além por denunciar o tratamento penal de *inimigo* que se emprega de maneira generalizada na realidade do sistema penal cautelar latino-americano e postular que, “antes de chegar à abolição da prisão preventiva, urge pressionar fortemente por um reducionismo radical”.

Quanto ao ponto de vista interno ou constitucional, não se pode perder de vista que a presunção de inocência, consagrada no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), não foi suficiente para abolir as prisões preventivas. Motivo para tanto é que o inciso LXI expressamente admite a possibilidade de prisões processuais (DUCLERC, 2016). Ressalvada a exceção das transgressões ou crimes militares, prevê este dispositivo constitucional que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Ao se deparar com conflito similar na Constituição Argentina, Binder (1999, p.197) parte de uma visão realista para admitir que se pode e se deve estabelecer claramente os princípios que regem a aplicação da prisão preventiva, observando-se que

Si vivimos una realidad que distorsiona continuamente el sistema constitucional, no por ello debemos distorsionarlo para adecuarlo a la realidad. Una de las funciones del Derecho consiste, también, en mantener una relación de tensión respecto de la realidad en un intento permanente por configurarla según sus principios, aunque esto sea una utopía siempre inalcanzable.

Para que se evite a “distorção da distorção”, é interessante a menção ao argumento de Carvalho (2015, p. 259-261) de que é possível verificar na Constituição brasileira uma perspectiva agnóstica em relação à pena, que se manifestaria na ausência de qualquer discurso legitimador da pena, isto é, em não haver no texto constitucional qualquer previsão de fundamentação da pena. Por causa desse silêncio, projeta-se na Constituição uma política punitiva de redução de danos, assim como pretendido por uma teoria agnóstica do processo penal, pois não se ignora sua ilegitimidade, mas ao mesmo tempo não os juristas não têm o poder de extingui-la. A origem de ambicionada política de redução de danos remonta não só à ausência de um discurso legitimador, mas também ao direcionamento dos esforços dos dispositivos constitucionais em se referirem exclusivamente às espécies de pena e

aos limites impostos à punição (incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX, do artigo 5º⁵), ressaltando-se, de maneira exemplar, o princípio da proibição do excesso punitivo pela vedação às penas cruéis do art. 5º, XLVII, alínea “e”.

Não parece haver óbice nenhum em replicar tal perspectiva constitucional agnóstica em relação à prisão preventiva, pois, assim como a pena: também consiste em exercício (ainda mais) irracional do poder punitivo; também não pode ser extinta pelo poder dos juristas, já que expressamente previstas no texto constitucional as prisões processuais no inciso LXI do artigo 5º; mas também é limitada pelos incisos seguintes – LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI⁶.

Jardim (1999, p. 292) afirma que “a própria Constituição prevê expressamente a possibilidade de decretação judicial de prisão provisória, desde que resultante de ordem escrita e fundamentada de juiz competente”, de modo que “o art. 5º, inc. LXI, não faz qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar”. É imprescindível, porém, notar que não há previsão constitucional de fundamentos para a imposição de prisão preventiva – ela deve resultar de decisão fundamentada, mas fundamentada em quê? A redação do inciso não manifesta opção por teorias substantivas ou processualísticas para tentar legitimar a prisão preventiva.

Carvalho (2015, p. 260) aponta que “a perspectiva absentéista sobre os discursos de justificação impõe critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas”. A imposição também desses critérios limitativos à decretação de prisões preventivas compactua com a pretensão expressa por Zaffaroni (2011, p. 114) de, antes de aboli-la, pressionar-se com urgência por sua redução radical a hipóteses mínimas, conforme uma lógica de redução de danos pretendida por uma teoria agnóstica do processo penal.

⁵ XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁶ LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Essa redução radical importará em assumir a construção de Zaffaroni e Batista (2003, p. 295), para os quais “a prisão preventiva, salvo os poucos casos em que a coerção administrativa direta a legítima, é uma pena antecipada, que às razões que deslegitimam o poder punitivo em geral soma a flagrante e incontestável violação ao princípio da presunção de inocência”. A ressalva dos casos de coerção administrativa direta é essencial ao próprio conceito negativo de pena, já que não seria pena a coerção que repara ou restitui – atribuída ao modelo reparador de solução de conflitos – bem como também não seria pena a coerção que “detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 99). Em parte, ao mesmo tempo em que se conceitua negativamente a pena, conceitua-se coerção direta. Desde que diante de um perigo, esta coerção implica uma intervenção legítima, instantânea ou diferida no tempo. Especialmente, esta última é frequentemente confundida com a pena. A coerção pode ser mantida para impedir o retorno imediato da situação de perigo, mas a partir do momento que este cessa, passa a ser punitiva. (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 102-105). Ressalte-se que “enquanto uma atividade lesiva perdurar, a força empregada para detê-la não constitui pena, mas coerção direta” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 105).

Para determinar se essa interferência constitui pena ou coerção direta, é importante lembrar a já mencionada implicação do conceito de pena obtido negativamente: ideia ampla de pena, “como categoria que permite ao direito penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas mas o impede de ignorar a punitividade das coerções ilícitas, o que traz consequências práticas para as decisões orientadoras de casos particulares” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 100-101).

Por isso, convém retomar a existência de leis penais eventuais como “aquelas que habilitam a coerção direta policial, que adquire caráter punitivo quando excede o necessário para neutralizar um perigo iminente ou interromper um processo lesivo em curso”, por exemplo, “qualquer privação de liberdade anterior à sentença pode ter por objeto evitar a continuidade da lesão ou impedir um conflito maior, mas ela também pode ser utilizada como pena antecipada”. Dessas constatações decorre a necessidade de precisar os momentos em que essas leis penais eventuais habilitam o poder punitivo para que seja possível excluí-los, “orientando as decisões das agências jurídicas às quais toca controlá-los através de *habeas corpus*, mandados de segurança, *habeas data*, declarações de inconstitucionalidade ou ações internacionais” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 88-90).

Da determinação desses momentos punitivos, pode-se concluir que a prisão preventiva “só poderá assumir eventualmente o caráter de coerção direta naqueles casos em que serve para prevenir a iminência de outro conflito ou evitar que perdue a atividade lesiva”, para além da função excepcional de, eventualmente, prevenir a vingança, mas como coerção administrativa direta de execução diferida, e de modo algum como argumento legitimante do poder punitivo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 107).

3.3 A DOGMÁTICA DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Existe no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a regra de tratamento pertinente à presunção de inocência, a previsão de prisões processuais ou sem condenação definitiva. São aquelas que a legislação permite que sejam efetuadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na forma da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, excluídas as prisões por condenação em definitivo, tem-se que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou, havendo ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, no curso da investigação ou do processo.

O contexto do sistema penal cautelar latino-americano refletido pela quantidade elevada de presos sem condenação contradiz o senso comum teórico e a própria legislação pátria, no sentido de que a liberdade deve ser a regra e a imposição das prisões cautelares, a exceção. O §6º do artigo 282 do Código de Processo Penal, nesse sentido, preceitua que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

É de extrema relevância conceber que a Lei nº 12.403 de 2011 “alterou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal” (MOREIRA, 2016, p. 15), com dispositivos aplicáveis a todas essas medidas cautelares, em que se incluem tanto as prisões processuais quanto “uma série de outras medidas (que deveriam ser) alternativas à prisão” (DUCLERC, 2011), previstas no artigo 319. A prisão em flagrante é regulada pelos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal. Já a prisão preventiva, nos artigos 311 a 316 do mesmo código; enquanto a prisão

temporária regula-se por legislação extravagante, a Lei nº 7.960 de 1989, mas também é abrangida pelos dispositivos codificados.

Antes de uma análise dogmática da prisão preventiva, com ênfase no dispositivo legal do artigo 312 do CPP, ainda é necessário considerar “o grave problema existente no paralelismo entre processo civil e processo penal, principalmente quando são buscadas categorias e definições do processo civil e pretende-se sua aplicação automática no processo penal” (LOPES JR., 2013, p. 24), ou seja, basicamente a reiterada importação acrítica de categorias do processo civil, fundado em um modelo reparador, para um processo penal de modelo punitivo e incapaz de solucionar os conflitos que se propõe a decidir, como trabalhado no capítulo anterior. Reconhecer esse problema tem consequência na aplicação de medidas cautelares penais, na medida em que as prisões processuais, ainda existindo, “só poderão persistir enquanto cumpram alguma função *cautelar*, isto é, enquanto sirvam realmente para garantir o resultado útil do processo penal de conhecimento, e desde que estejam presentes os requisitos do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*” (DUCLERC, 2016, p. 57). Em síntese, as medidas cautelares de natureza penal devem garantir o regular desenvolvimento do processo, já que são medidas destinadas à sua tutela (LOPES JR., 2013).

Por conta disso, é necessária a ruptura com doutrina tradicional e, por consequência, com o uso das expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*⁷, peculiares ao fenômeno processual civil. Trata-se, afinal, de uma transposição de conceitos realizada de forma imediata e impensada em que se busca a aplicação literal de categorias alheias ao processo penal.

A primeira expressão, traduzida em uma suposta “fumaça do bom direito”, constitui uma imprecisão jurídica e semântica, já que o requisito para se decretar qualquer medida cautelar, como a prisão preventiva, não envolve a probabilidade de existência de um direito de acusação (LOPES JR., 2013) – muito menos de um direito de punir, ou *jus puniendi*, em termo coerente com o referencial teórico adotado. Nessa impropriedade incorre Karam (2009, p. 5) ao argumentar a constituição do *fumus boni iuris* na “aparência do direito alegado pelo autor da ação penal condenatória (o direito

⁷ Impossível, nesse ponto, deixar de reconhecer e registrar a contribuição de Roberto Delmanto Júnior, em *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, referenciado em todas as fontes consultadas sobre o tema. Trata-se, contudo, de bibliografia indisponível na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

do Estado de fazer valer o poder punitivo”. Ocorre que, como já exposto no tópico 2.4, a ação penal não se define por um direito do seu autor, mas por um poder com o fim de constituir o referido poder punitivo. É mais apropriado, portanto, o uso da expressão *fumus commissi delicti*, “enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” (LOPES JR., 2013, p. 26).

É igualmente impróprio o uso da expressão *periculum in mora* como requisito das medidas cautelares previstas no CPP. Nesse ponto, antes, deve-se pontuar que “o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento” (LOPES JR., 2013, p. 26). Além do mais, a impropriedade do termo é consequência de uma valoração do perigo (decorrente) da demora no sistema penal cautelar. Neste caso, não se trata do perigo que a demora do processo pode representar para o sujeito ativo, mas de um *periculum libertatis*

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou em risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova) (LOPES JR., 2013, p. 27).

Mais uma vez se contrapõe à noção de *periculum in mora* abordada por Karam⁸ (2009, p. 13), que se manifestaria no “risco de inviabilização da satisfação prática do direito alegado pelo autor da ação penal condenatória (o direito do Estado de fazer valer o poder punitivo)”, já que o autor da ação penal não alega direito, mas exerce poder. Em resumo, o perigo no processo penal não decorre do lapso de tempo entre os provimentos cautelar e definitivo, mas do perigo decorrente do estado de liberdade do imputado, ou seja, decorre do “perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo” (LOPES JR., 2013, p. 27). O fundamento do *periculum libertatis*, assim, logra “afastar a conceituação processual civil de prejuízo na demora” (MINAGÉ, 2016, p. 110).

⁸ Apesar da crítica realizada, a autora comunga com os objetivos desse trabalho ao reconhecer que nas prisões provisórias “a violência, os danos e as dores produzidos pelo exercício do poder punitivo se fazem ainda mais agudos, resultando na privação da liberdade de um indivíduo sobre quem recai apenas uma acusação de prática de um alegado crime, alguém que, ao final do processo, poderá ver proclamada sua absolvição” (KARAM, 2009, p. viii).

Superada essa questão, cumpre assumir como pressupostos do decreto de prisão preventiva: a prática de crime doloso; a prática de delito punível com pena de prisão superior a quatro anos; a ausência de cominação de multa; o afastamento da liberdade provisória; e a insuficiência de outras medidas cautelares menos gravosas (SILVEIRA, 2015, p. 222). Descritos os pressupostos, passa-se à análise dos seus requisitos e fundamentos.

3.3.1 O *fumus commissi delicti*

Ultrapassado o problema da importação acrítica das categorias do processo civil para as medidas cautelares, é necessário abordar o artigo 312 do CPP em relação à prisão preventiva, segundo o qual poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Trata-se, afinal, do requisito do *fumus commissi delicti*. A fumaça da existência (ou do cometimento) de um crime não pressupõe um juízo de certeza, necessário à condenação definitiva, mas um juízo de probabilidade razoável: uma prognose sobre a questão de fundo – um raciocínio lógico em deduza a probabilidade de existência do crime cometido por um autor concreto e apoiado no suporte fático extraído dos atos de investigação (LOPES JR., 2013). Deve haver a preponderância de provas que indiquem a ocorrência dos fatos alegados (KARAM, 2009). Trata-se de expressão que requer uma aceitação de probabilidade e inadmite meros juízos de possibilidade (MINAGÉ, 2016). No juízo de possibilidade, suficiente apenas ao indiciamento, as razões favoráveis ou contrárias à hipótese do cometimento de crime são equivalentes; enquanto no juízo de probabilidade existe o predomínio e a verossimilhança das razões favoráveis sobre as contrárias, o que significa uma “fumaça densa” (LOPES JR., 2013). O juízo de probabilidade “corresponde a um estágio de apreensão dos fatos reconstituídos no processo que se situa em patamar inferior ao da certeza, mas superior ao da indefinição” (KARAM, 2009, p. 6).

Nesse ponto, Lopes Jr. (2013, p. 90-91) aponta que a doutrina tradicional e a jurisprudência majoritária brasileira compreendem bastar a este juízo tão-somente a verossimilhança da tipicidade, ou seja, da aparente prática de uma conduta tipificada como crime. No entanto, não deve bastar a tipicidade, mas também há de se englobar os elementos restantes do conceito formal de crime: a ilicitude e a culpabilidade. Karam (2009, p. 7-8), por sua vez, ressalta que da necessidade de efetivação da

garantia do estado de inocência surge a exigência de que “a Acusação faça prova não só da certa ou da provável ocorrência de uma conduta típica, mas sim de uma conduta legalmente qualificada como crime, com todos os elementos que o integram”. Afinal, a pretensão punitiva “não se fundamenta apenas na prática de uma conduta objetivamente típica, mas sim na prática do proibido crime”. Ao menos quanto o elemento da ilicitude, o artigo 314 do CPP prescreve que a verificação por prova nos autos de alguma de suas causas excludentes (incisos I, II e III do artigo 23, do Código Penal) impossibilita o decreto da prisão preventiva.

3.3.2 O *periculum libertatis*

Do mesmo modo que prevê o requisito *fumus commissi delicti* para o decreto de prisão preventiva, o artigo 312 do Código de Processo Penal – cuja redação do *caput* foi mantida após a reforma de 2011 – também prevê seus principais fundamentos⁹, o *periculum libertatis*, já que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública; como garantia da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ao contrário do indício de autoria e da prova da materialidade, que sempre devem estar configurados, basta uma das hipóteses descritas na redação do artigo para fundamentar a prisão preventiva, pois não são necessariamente cumulativas (LOPES JR., 2013). Assim, serão examinadas cada uma das quatro hipóteses, em sequência inversa à previsão legal. Deixada por último a garantia da ordem pública – principal objeto deste trabalho – cujo conteúdo será exposto, com todas as suas inerentes dificuldades, de maneira sucinta a permitir sua devida crítica no próximo capítulo.

O primeiro dos fundamentos trata da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. É a modalidade de prisão que serve para que o réu ou investigado fuja. Poderá se manifestar nas situações em que comprovadamente surjam fatos concretos demonstrativos do preparo para a fuga do imputado, de modo que dificilmente será encontrado para cumprir eventual pena a ele imposta (KARAM,

⁹ Fora do *caput* do artigo 312 estão as hipóteses de prisão preventiva: por descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme seu parágrafo único e o parágrafo quarto do artigo 282; ou, em especial, como garantia para a “execução de medidas protetivas de urgência estabelecidas em relação a determinadas vítimas (mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência)” (MOREIRA, 2016, p. 49).

2009). Decorre disso ser imprescindível que a suspeita de fuga se sustente em fatos concretos, não em meras presunções (DUCLERC, 2011). Por impossibilidade de aplicação da pena, torna inócua a sentença penal (LOPES JR., 2013) e frustra a satisfação prática da pretensão punitiva (KARAM, 2009).

Em seguida, existe a hipótese de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Trata-se da prisão preventiva para a tutela da prova. Pode se manifestar na ingerência indevida do imputado na produção de provas (KARAM, 2009), de modo a haver risco efetivo para a instrução processual (LOPES JR., 2013). Também se faz indispensável comprovar a necessidade de preservar a instrução por fatos concretos, ao invés de por suposições ou ilações (DUCLERC, 2011). O estado de liberdade do réu ou do investigado passaria a colocar em risco a coleta da prova ou o desenvolvimento regular do processo, “seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos”, além do próprio juiz ou promotor do feito (LOPES JR., 2013, p. 94). Tal medida somente poderá ser decretada se necessária e imprescindível ao resguardo do devido processo legal (MINAGÉ, 2016).

Para Lopes Jr. (2013, p. 94-95), esses dois fundamentos para a prisão preventiva – a tutela da prova e o risco de fuga – são medidas tipicamente cautelares, portanto instrumentais em relação ao processo. Segundo Moreira (2016, p. 49-50), uma custódia provisória somente se justifica no processo penal como um provimento de natureza cautelar. Com isso, aponta a coincidência entre os dois fundamentos anteriormente trabalhados e a lição de Beccaria (2016, p. 68), que argumentava há mais de dois séculos que “o acusado não deve ser encerrado senão na medida em que for necessário para o impedir de fugir ou de ocultar as provas do crime”. Karam (2009, p. 14), por sua vez, defende que a conveniência da instrução criminal e a assecuração da aplicação da lei penal são as “duas únicas raríssimas e excepcionais situações que autorizam a prisão provisória, sendo as únicas que não ferem frontalmente o sentido e a razão de ser da garantia do estado de inocência”.

Pode-se dizer que são hipóteses quase incontroversas aos olhos da doutrina analisada e, de certo modo, (ainda) toleráveis. Remetem-se às teses processualistas “que tendem a negar o caráter punitivo (da prisão preventiva) para reduzir seu âmbito de aplicação”, mas que “não podem impedir o inevitável dano ao princípio de inocência violado por todo o sistema penal cautelar” e, ao menos até o momento, “não têm tido êxito no são propósito de reduzir a sua amplitude” (ZAFFARONI, 2011, p. 113). No

entanto, dada a impossibilidade constitucional de abolir as prisões preventivas, seguem admitidos tais fundamentos do art. 312 do CPP, desde que atuem como coerção direta para prevenir outro conflito iminente ou evitar a continuidade de uma lesão em curso, por se tratar, de fato, de hipóteses que se apresentam como lei penal eventual.

Segue-se então a prisão preventiva fundamentada como garantia da ordem econômica. Trata-se de hipótese inserida no *caput* do artigo 312 do CPP pelo artigo 86 da (quase totalmente revogada) Lei nº 8.884 de 1994, a chamada Lei Antitruste. Aparentemente, leva-se em conta os delitos que podem comprometer a própria economia (DUCLERC, 2011), na adesão à tendência expansionista do poder punitivo pelo chamado direito penal econômico,

“para o fim de tutelar o risco decorrente de daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores” (LOPES JR., 2013, p. 94).

Algumas das críticas ao fundamento da garantia da ordem pública também calham à garantia da ordem econômica, em especial pela imprecisão conceitual, ainda que, na prática, tal fundamento tenha pouquíssima utilização forense (LOPES JR., 2013). Registre-se, porém, o argumento de Karam (2009, p. 22-23), para quem a sua utilização implica a transportação de matéria concernente ao direito penal para o direito processual. Seria, praticamente, a explicitação da pretensão de punir antecipadamente, mediante uma pena sem processo.

Por fim, resta a análise da garantia da ordem pública como fundamento para o decreto de prisão preventiva. É manifesto o problema em conceituar tal instituto. Diversos setores da doutrina ainda encontram dificuldades em traduzir exatamente o que ele seja (DUCLERC, 2011). Com a reforma efetivada pela Lei nº 12.403/2011, não foram excluídas as categorias que mais geram incertezas – ordem pública e econômica – como previa o Projeto de Lei nº 4.208 de 2001 (LOPES JR., 2013). Perdeu-se, assim, a oportunidade de, senão abolir, pelo menos definir ou detalhar cada um dos fatores da prisão preventiva, em especial os mais abrangentes (NUCCI, 2013). O fato é que a generalidade e a indeterminação da expressão ordem pública permanece (KARAM, 2009). Trata-se, assim, de conceito vago e indeterminado e

exatamente por isso é preocupante a sua maleabilidade conceitual (LOPES JR., 2013).

O que se pode fazer diante desse quadro é esboçar o conteúdo que a doutrina tem atribuído à vaga ideia de ordem pública para o processo penal, sejam os setores que não concordam com a permanência da prisão preventiva nela fundamentada e defendem sua eliminação, sejam aqueles que tentam atribuir-lhe algum significado que legitime sua aplicação.

De imediato, é possível afirmar com alguma segurança que argumentos que envolvem garantir e proteger a integridade física do imputado contra linchamentos por meio da prisão preventiva são amplamente rechaçados. Quanto a outros argumentos que sirvam à fundamentação da prisão preventiva na garantia da ordem pública, há quem lhes atribua maior ou menor relevância.

Karam (2009, p. 20) aponta a existência de vários “pretextos” para a utilização ilegítima da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisões preventivas, entre eles a grande repercussão do alegado crime; a gravidade de suas consequências; a indignação da chamada opinião pública (o clamor público); a suposição de que o imputado praticará outros crimes; bem como a sua “periculosidade” ou “dedicação a atividades criminosas”.

Segundo Lopes Jr. (2013, p. 93-94), é comum que se tome o clamor público como sinônimo de risco à ordem pública, pela prática de crime que gere abalo social, comoção e perturbação à tranquilidade. Invoca-se, ainda, a gravidade ou brutalidade do crime como fundamento da prisão preventiva. Assinala que há também quem a fundamente em nome da credibilidade das instituições ou da justiça, que seriam maculadas caso não ocorra a prisão. Por fim, aponta o uso da prisão preventiva fundamentada no risco de reiteração em condutas criminosas para impedir que o imputado volte a delinquir.

Já Duclerc (2011, p. 426-427) afirma haver quem se valha da garantia da ordem pública para fundamentar a necessidade de se evitar a ocorrência de novas infrações penais, quando ficasse demonstrado que o acusado, caso solto, voltaria a delinquir. Assinala adiante que a jurisprudência reconhece os casos em que se fala em garantia da ordem pública para crimes muito violentos, a exemplo de atentados com bomba que causem grande impacto social. Aponta, por fim, o caso crimes graves em que se argumenta a garantia da ordem pública na necessidade de garantir a credibilidade do Poder Judiciário ao encontro do clamor público da sociedade.

Minagé (2016, p. 147-149) reconhece a imprecisão semântica do termo “ordem pública”, sendo esta costumeiramente identificada como paz social e tranquilidade pública. Diante disso, assinala alguns significados indevidos que a jurisprudência tem atribuído ao impreciso conceito como base para o decreto de prisão, a exemplo da comoção social; a periculosidade do réu; a necessidade de lhe preservar a integridade na possibilidade de ser alvo de linchamento; a perversão do crime; a insensibilidade moral do acusado; o clamor público; e a repercussão midiática. Por fim, ainda que reconheça que a garantia da ordem pública não pode ser tomada como regra geral para o decreto de prisões preventivas, aponta como entendimento consolidado que deve se aplicar seu significado às situações em que o imputado demonstre “tendência em continuar a delinquir” ou “comprovada periculosidade”.

Moreira (2016, p. 50) também atesta o uso do decreto de prisão preventiva para a garantia da ordem pública com o intuito de se evitar a prática de novos delitos pelo imputado, bem como de se aplacar o clamor público, expresso pelo “alarma social causado pelo crime” ou para “aplacar a indignação da população” – além de “tantas outras frases (só) de efeito”.

Nucci (2013, p. 88) representa os setores da doutrina que assumem como válida e necessária a tarefa de conferir algum significado concreto à garantia da ordem pública, de maneira favorável a tal fundamento. Aduz que a garantia da ordem pública “envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, um região ou uma comunidade” e atribui a essa concepção cinco elementos básicos e não cumulativos, passando a ser necessária a garantia da ordem pública, como regra, quando presentes ao menos dois deles.

São eles: a gravidade concreta do crime (espelhada pelo fato criminoso e suas circunstâncias e consequências no caso concreto); a repercussão social (hipótese excepcional que engloba os crimes que causam clamor social, comoção, descrédito na Justiça e sentimento de impunidade); a maneira destacada de execução (caso de crimes anormais, premeditados, cometidos pelo emprego de mecanismos cruéis que causam elevada repulsa social); as condições pessoais negativas do autor (personalidade, antecedentes e conduta social que revelem a periculosidade do indiciado ou acusado); e o envolvimento com quadrilha, bando¹⁰ ou organização

¹⁰ Convém pontuar a alteração na redação do artigo 288 do Código Penal pela Lei nº 12.850 de 2013, para definir o crime de associação criminosa – não mais quadrilha ou bando.

criminosa (um dos principais elementos de afetação à ordem pública como fator de intranquilidade social) (NUCCI, 2013, p. 88-92).

Está traçado, assim, um quadro razoavelmente amplo de diferentes elementos utilizados na tentativa de se dar algum sentido à garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. Cumprida essa tarefa, é necessária ainda uma reflexão crítica acerca desses elementos à luz da situação de ilegitimidade das prisões preventivas.

3.4 A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

3.4.1 A imprecisão do termo ordem pública

Mesmo com as tentativas de esboçar um significado para a ordem pública por meio dos diversos empregos em que o termo tem sido utilizado na doutrina (seja para legitimar ou criticar seu uso), tem-se que em momento algum foi possível delimitá-lo precisamente. Em nenhum momento vislumbrou-se, para o *periculum libertatis* do processo penal, qualquer conceito do que seria a ordem pública que se pretende garantir pelo decreto de prisão preventiva.

Moreira (2016, p. 49) lamenta que, mesmo após a reforma das medidas cautelares encampada pela Lei 12.403 de 2011, continuou-se a ter a garantia da ordem pública como requisito (optou-se neste trabalho pelo termo fundamento) para que seja decretada a prisão preventiva, por se tratar de um “conceito por demais genérico e, exatamente por isso, impróprio para autorizar uma custódia provisória”. Tal fundamento seria excluído pela redação original do Projeto de Lei de nº 4.208 de 2001, mas, ao longo de sua tramitação foi resgatado pela aprovação de uma emenda substitutiva global (LOPES JR., 2013). Nucci (2013, p. 88), por sua vez, argumenta que o legislador poderia ter definido ou detalhado ao menos esse termo abrangente, mas não o fez, “possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto”. Essa margem ampla de conceituação nas mãos do magistrado que o genérico fundamento da garantia da ordem pública concede o torna extremamente perigoso para liberdade dos cidadãos e muitas vezes torna ineficaz a sua proteção contra os abusos de poder por parte do Estado – nesse caso, representado pela figura do próprio juiz (SILVEIRA, 2015).

Tem-se então um “conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico” (LOPES JR., 2013, p. 108). A notável indeterminação expressa-se na *anemia semântica* de todo o artigo 312 do Código de Processo Penal, que se vale de termos claramente vagos e ambíguos para, de maneira ardilosa, acomodar em seu universo semântico qualquer um dos significantes previstos em lei, incluída a garantia da ordem pública. Articulam-se, desse modo, “singelos requisitos teóricos”. Um parco conhecimento de estrutura linguística permite a construção artificial desses *pseudo-requisitos* (ou pseudo-fundamentos), cuja *falsificação* torna-se inverificável depois de decretada a prisão preventiva, visto que os argumentos se desfazem. “Afim, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão” (ROSA, 2006, p. 139).

Exemplo evidente é trazido por Silveira (2015, p. 225-226), no caso de uma prisão preventiva “decretada sob um argumento vago relacionado ao suposto risco que determinado indivíduo estaria causando à ordem pública”. Nesse exemplo, o pseudo-fundamento jamais desaparecerá, já que “nenhum evento ocorrido no curso do processo poderá fazer cessar os alegados riscos à ordem pública”. Lopes Jr. (2013, p. 35-36) chama a atenção para o princípio básico da provisionalidade, segundo o qual as prisões processuais são situacionais, ou seja, ao desaparecer o suporte fático que a fundamentou (nesse caso, o *periculum libertatis*), a prisão deve ser imediatamente interrompida. Não há, no entanto, como desaparecer tal suporte fático pela singela impossibilidade de se vislumbrar o que ensejaria o fim do risco à ordem pública (afim, em primeiro lugar, o que causa tal risco?).

Para as prisões preventivas fundamentadas no clamor público, Sanguiné (2013, p. 115) aborda “a dificuldade de determinar o âmbito pelo qual é necessário que o sentimento de indignação se difunda para adquirir relevância jurídica”, o que, de mesmo modo, também implica na dificuldade em se determinar o oposto – quando deixa de ter relevância o mesmo sentimento de indignação. Caso típico é o da prisão decretada em razão da periculosidade do suspeito, em que este argumento, evidentemente, não desaparecerá no curso do processo. A prisão preventiva, então, é normalmente mantida até a conclusão do processo, por um fundamento inadequado que impede a plena refutação defensiva e macula a ampla defesa (SILVEIRA, 2015), questão que se agrava pela ausência de prazos máximos estabelecidos legalmente para a sua duração, e exacerba sua natureza punitiva.

Em razão da generalidade e indeterminação conceitual em torno da garantia da ordem pública, Karam (2009, p. 17-19) pavimenta uma importante construção que culmina na ilegitimidade desse fundamento por violação ao princípio da legalidade, posto que “não se adequa aos necessariamente estreitos limites em que seria autorizável a privação da liberdade prévia à condenação definitiva”. A expressão “ordem pública” não atende à exigência de precisão na descrição de comandos legais que restrinjam o espaço de liberdade do indivíduo. Tal exigência por precisão consiste no princípio da taxatividade, ou, em outras palavras, o princípio da legalidade estrita, como enunciado pelo modelo garantista de Ferrajoli (2006, p. 93), o princípio que “ocupa um lugar central no sistema de garantias”: é uma condição de legitimidade das leis vigentes e

identifica-se (...) com a *reserva absoluta de lei*, entendendo “lei” no sentido substancial de *norma* ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas (FERRAJOLI, 2006, p. 93).

Trata-se de um postulado derivado do princípio da legalidade (em sentido lato, expressa pelo axioma *nullum crimen sine lege*), o mandado de certeza, que deve determinar que a lei seja formulada com precisão, vedados dispositivos criminalizadores vagos e indeterminados desde a criminalização primária até a execução da pena (KARAM, 2009). A essa altura já é (mais que) possível afirmar que a expressão ordem pública, para o processo penal, não é dotada de significado unívoco e preciso, de modo que “cláusulas genéricas, conceitos indeterminados ou ambíguos equivalem a uma ausência de formulação legal” (KARAM, 2009, p. 18). É possível concluir que

As desautorizadas generalidade e indeterminação da expressão “ordem pública” abrem um ilegítimo caminho para as mais disparatadas interpretações sobre o que esta seria, dando lugar à utilização, na viciada prática da justiça criminal, dos mais diversos pretextos para a imposição da privação da liberdade (KARAM, 2009, p. 19).

Pode-se apontar como um desses pretextos a tentativa de conferir à ordem pública um significado concreto, no sentido de que “envolve a própria segurança

pública” (NUCCI, 2013, p. 88). Ocorre que deve ser levada em consideração a natureza dos direitos limitados por essa espécie de prisão (dita) cautelar – a liberdade e a presunção de inocência, principalmente. Portanto, “é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de *cautelar* até o ponto de transformá-la em *medida de segurança pública* (LOPES JR., 2013, p. 111-112). Por outro lado, “as normas que regulam a prisão preventiva contém motivos taxativamente previstos (*numerus clausus*)”, já que a privação de liberdade deve ser excepcional, somente podem ser interpretadas restritivamente, não sendo possível a aplicação por analogia, a não ser que *in bonam partem* (SANGUINÉ, 2003).

É manifesta a violação ao princípio da legalidade (estricta) na previsão dessa vaga e desautorizada prisão preventiva para ‘garantia da ordem pública’”, que já seria suficiente para a sua exclusão (KARAM, 2009), mas existem ainda outros aspectos importantes a seu respeito que precisam ser considerados.

3.4.2 A garantia da ordem pública e a antecipação da pena

Apesar da indeterminação do conceito de ordem pública, em violação à legalidade estrita, tentou-se por diversas vias atribuir algum significado, sinônimo ou qualquer conteúdo que pudesse justificar sua presença no ordenamento. Mais ou menos frequentemente, como a gravidade concreta do crime, a periculosidade do imputado, o risco de reiteração delitiva se este for mantido solto, a repercussão social do crime, incluídos o clamor público e o descrédito das instituições, além da maneira destacada de execução e o envolvimento com organização criminosa.

Todas essas tentativas fracassadas de concretizar algum significado à garantia da ordem pública são na verdade pretextos para a violação à garantia do estado de inocência pela privação de liberdade de clara natureza penal (KARAM, 2009), em que se antecipa a pena dos presos sem processo desconsiderando o discurso oficial de que a de que a prisão preventiva cumpriria alguma função cautelar. São introduzidos, com esses pretextos, elementos estranhos à suposta natureza cautelar e processual da prisão preventiva, como a sua eficácia na luta contra a delinquência, o que revela as “funções reais” (de prevenção geral e especial) de pena (SANGUINÉ, 2003).

Já foi abordada anteriormente o problema da importação acrítica de categorias do processo civil pelo processo penal e a relativização do estado de inocência é uma de suas graves consequências. Entre as já abordadas teorias legitimadoras da prisão

preventiva estão as teorias substantivas (legitimam e reconhecem-na como pena) e as teorias processualísticas (legitimam, mas não a reconhecem como pena) (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). No caso da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, esta é legitimada por um ramo das teorias processualísticas que lhe negam a natureza penal de maneira bastante engenhosa, mas não conseguem lhe ocultar a natureza punitiva. Esse é o ramo que, em muitas ocasiões, não se distingue precisamente das teorias substantivas, pois *opta* “diretamente *por negar valor ao princípio da inocência*” (ZAFFARONI, 2011, p. 113).

Esse desvalor à presunção de inocência ocorre porque, no geral, as teorias processualísticas identificam a prisão preventiva com as medidas cautelares do processo civil (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Expressão dessa ideia reside em acreditar que

A prisão no processo penal equivale à tutela de urgência do processo civil. Ilustrando, o art. 300 do novo CPC: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (NUCCI, 2015, p. 519)

As consequências dessa transposição indevida demonstram-se nos fundamentos mais usados para garantir a ordem pública pelo decreto de prisão preventiva.

Não é incomum na tradição inquisitorial herdada pelo processo penal brasileiro que se despreze a presunção de inocência “partindo da prévia contenção do agente que ainda é mero acusado, na melhor perspectiva da ‘Criminologia Positiva’, segundo a qual o desviante, dada sua *periculosidade*, deve ser objeto de atenção estatal, para evitar uma hipotética violação da sociedade, tudo em nome da ‘Defesa Social’ (ROSA, 2006, p. 138). Em Nucci (2013, p. 90), a periculosidade é construída pelas condições pessoais negativas do acusado, evidenciadas nos elementos da personalidade, antecedentes e conduta social, “que serão, de todo modo, levados em conta por ocasião da aplicação de eventual pena (art. 59, CP)”. O mero acusado, cuja regra de tratamento associada à presunção de inocência impõe que como inocente seja tratado, tem aqui a sua prisão preventiva decretada com base em fundamentos que lhe podem exasperar a pena.

A situação é similar quando se pretende garantir a ordem pública em razão da gravidade concreta do delito: “demonstrada a concreta gravidade do fato, torna-se

cabível a decretação da prisão preventiva” (NUCCI, 2013, p. 89). A gravidade do crime, se puder ser demonstrada, só o será na sentença. A real ocorrência do crime ainda é mera hipótese acusatória, “não se podendo ainda afirmar que tal crime seja efetivamente grave, pois não se sabe ainda nem se realmente aconteceu, nem se foi realmente o réu ou o investigado quem o praticou” (KARAM, 2009, p. 20-21). São os mais claros exemplos em que a prisão preventiva funciona como pena, mal apoiada na fumaça de um bom direito de punir – que não é bom, nem é direito – cuja demora em se concretizar na sentença impõe a ilegítima (antecipação da) pena.

A situação é ainda pior quando se consideram outros supostos crimes, sejam eles ocorridos no passado, pela análise de antecedentes, sejam eles ainda a ocorrer no futuro, como nos casos em que se fundamenta a prisão preventiva no risco de reiteração delitiva do acusado, ou seja, para evitar a prática de novas condutas criminalizadas. Haveria, desse modo, de ficar demonstrado que o acusado, caso em liberdade, voltaria a delinquir. Trata-se, porém, de uma tentativa de se demonstrar o indemonstrável, portanto assenta-se uma linha de pensamento baseada na presunção de que aquele que pratica uma ou duas condutas criminalizadas, necessariamente praticará a terceira, e assim sucessivamente (DUCLERC, 2011, p. 427). É cabível questionar se a razão de ser de tal tese consiste na previsão do comportamento do criminalizado ou se na previsão de que, em sua vulnerabilidade, será novamente selecionado pelas agências de criminalização secundária. Certo é que, se o acusado ainda não foi condenado em definitivo por crime algum, decretar-lhe a prisão preventiva sob esse argumento significa, acima de tudo, inverter a lógica da presunção de inocência, instituindo uma perigosa *presunção de culpa* não autorizada pela Constituição Federal (DUCLERC, 2011), mas praticada na realidade dos sistemas penais (propositalmente) invertidos da América Latina (ZAFFARONI, 2011, p. 70).

O esquema lógico de raciocínio empregado pela desautorizada presunção de culpabilidade está apto também a conceber a prisão preventiva “como instrumento apaziguador das ânsias e temores suscitados pelo delito”, quando ainda não há um responsável determinado (SANGUINÉ, 2003, p. 114). A ideia de se ter na prisão preventiva o caminho legítimo para se conter o alarma social é inconcebível em um sistema constitucional que preze pela presunção de inocência. O critério de excitação da opinião pública expressa um excessivo conteúdo de irracionalidade e “pode ser criado por meio da imprensa ou de organizações políticas” (SANGUINÉ, 2003, p. 115).

Lopes Jr. (2013, p. 111) também alerta para o risco de manipulação pelos meios de comunicação de massa e para os prejuízos causados pela *opinião publicada*, de modo que a prisão preventiva não pode servir como pena antecipada para fins de prevenção. Apesar disso, o fundamento no chamado alarma social “mostra claramente que entre as finalidades que cumprem à prisão preventiva se encontra também a prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade” (SANGUINÉ, 2003, p. 115). Ocorreria neste caso um desvirtuamento completo do natureza cautelar que teria a prisão preventiva ao lhe serem atribuídas funções de prevenção, típicas de pena, com as quais não estaria autorizada a cumprir – e mesmo que estivesse, dificilmente cumpriria com tal fim, exatamente por ser pena.

Por fim, ainda é possível vislumbrar-se o uso da garantia da ordem pública para fundamentar a necessidade de prisão preventiva para reestabelecer a credibilidade das instituições. Trata-se de uma falácia, porque “nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção”. Seria, pois, preocupante “que a crença da população nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas” (LOPES JR., 2013, p. 114). Afinal, se o poder público (punitivo) se vale de prisões para se legitimar, cresce em dimensão o estado de polícia.

A violação reiterada ao estado de inocência produzida pela a prisão preventiva para a garantia da ordem pública remonta, em boa parte, à importação de categorias impróprias do processo civil para o processo penal, a exemplo de tratar prisões processuais como tutelas de urgência do processo civil. Conforme Didier Jr. (2015, p. 594), “a tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (antecipada)” e em ambos os casos são concedidas pela demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Com isso

Percebe-se, assim, que “a redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” (enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). (DIDIER JR., 2015, p. 594)

Mesmo Didier Jr. (2017, p. 126), defensor de uma teoria (formal) geral do processo, reconhece a necessidade de “evitar o indevido transporte dos pressupostos das medidas cautelares civis para a concessão das prisões provisórias”, ainda que

para isso sustente que deveriam ser estudadas noções fornecidas pela Teoria Geral do Processo. Moreira (2015, p. 163), por sua vez, reorienta o estudo para as categorias próprias do Direito Processual Penal, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* e reforça a necessidade de se atentar, “neste aspecto, para o Princípio da Presunção de Inocência”.

Percebe-se de todos os significados atribuídos à garantia da ordem pública uma latente violação ao princípio da presunção de inocência. Mesmo que se admita – sem legitimá-la – uma natureza cautelar necessária às prisões preventivas, é certo que tal fundamento cumpre com finalidades punitivas. O que se pretende com a prisão preventiva para a garantia da ordem pública “é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, privar o acusado de sua liberdade, ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada” (BADARÓ, 2015, p. 978). Trata-se, por isso, “de medida satisfativa que acaba por antecipar indevidamente os efeitos da tutela de conhecimento, determinando o encarceramento de quem, por força da Constituição Federal, é inocente até que a sentença condenatória passe em julgado” (DUCLERC, 2011, p. 428).

3.4.3 Um processo sem prisão preventiva para a garantia da ordem pública

Foram atribuídos ao impreciso termo “ordem pública”, que se pretende garantir pela prisão preventiva, os mais diversos significados – todos eles, de um modo ou de outro, expressaram-se como argumentos usados de maneira autoritária para suprimir a presunção de inocência como dever de tratamento àquele que for acusado de ter cometido um crime.

O mais próximo que se pôde chegar de uma delimitação conceitual foi a construção de Nucci (2013, p. 88), segundo o qual, “a garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade”. Lopes Jr. (2013, p. 108), porém, rechaça tal denominação, afirmando tratar-se “de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública”. Atribui ainda a origem da indeterminada expressão à Alemanha da década de 1930, que sob o *Terceiro Reich*,

buscava uma autorização geral e aberta para prender. Silveira (2015, p. 228) ainda atesta que a banalização da medida nos moldes em que é aplicada hoje “remonta ao que aconteceu no passado, mais precisamente nos Estados autoritários e totalitários do século XX.

Em um descompasso constitucional com os ideais democráticos estabelecidos com o fim da Ditadura Militar, a realidade brasileira está envolta em ações voltadas à “defesa social em detrimento das liberdades públicas, seja no âmbito da segurança pública ou judicial, como ocorre no caso da prisão, remonta a uma concepção de política criminal típica dos regimes autoritários” (SILVEIRA, 2015, p. 232). Transpondo-a ao tempo presente, a crítica de Lopes Jr. (2013, p. 109) segue para afirmar que atualmente emprega-se tal fundamento de maneira mais dissimulada, à serviço de “diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar essas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”.

Não se nega o quadro elaborado até aqui por Lopes Jr. e Silveira, mas é necessária mais clareza na descrição desses “diferentes senhores” e de sua “política criminal de regimes autoritários”. Trata-se aqui de um novo autoritarismo diverso daquele manifestado pelos regimes autoritários do início do século passado. A principal característica deste último está na fontalidade de suas leis: eram redigidas com um *brilho perverso* para os poderosos autocratas, mas não para limitar seus poderes e sim para agradá-los, e, em segundo plano, dirigiam-se também para o público, como propaganda *völkisch* ou popularesca com o objetivo de nele alimentar preconceitos contra o inimigo da vez (ZAFFARONI, 2011, p. 55-57). O novo autoritarismo se constitui no processo de globalização da passagem para o século XXI e

se propaga por um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o que está na moda e se usa displicentemente: é *cool* (ZAFFARONI, 2011, p. 69).

A denominação *autoritarismo cool* não expressa nenhuma convicção profunda, mas uma espécie de moda publicitária do autoritarismo norte-americano, reforçado

pós-11 de setembro, globalmente difundida pela comunicação em massa e que conquistou maior êxito na precariedade institucional da América Latina. Esse discurso, no contexto latino-americano de contradições e exclusão social, caracteriza-se pelo mesmo simplismo propagado por *slogans* e desprezo a qualquer discurso acadêmico (ZAFFARONI, 2011, p. 69-74).

O discurso autoritário *cool* latino-americano adota como técnica vender o poder punitivo como mercadoria: vende-se, em resumo, a ilusão de que se obterá mais segurança pública pelo aumento da repressão. Com isso, o exercício do poder punitivo se tornou tão irracional ao ponto de não mais adotar um *discurso* por ter simplesmente sido reduzido a uma mera *publicidade* (ZAFFARONI, 2011, p. 74-77). A produção legislativa não mais se pauta por um autoritarismo ideológico totalitário, que remete às origens do termo “ordem pública” ou mesmo pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, período no qual o termo foi inserido no artigo 312 do CPP: “o presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o *vazio de pensamento*” (ZAFFARONI, 2011, p. 79).

Esclarecido esse cenário, é possível constatar que o próprio uso prisão preventiva está vinculado a um ímpeto por recrudescimento penal, que não foge ao processo de criminalização seletivo de pessoas vulneráveis, inerente ao sistema penal. Seu fundamento na garantia da ordem pública, assim, não só é perigoso por se basear em um conceito vago, mas também porque é passível de ser usado indiscriminadamente para o aprisionamento em larga escala como instrumento de controle, em especial daqueles autores de crimes comuns, os *indesejáveis*. (SILVEIRA, 2015).

A prisão preventiva, nesses casos, não cumpre com fins estritamente processuais, mas é usada como “resposta às demandas de uma população amedrontada, ou seja, para encarcerar indivíduos vistos como inimigos, que no imaginário comum (e de muitos juízes) fazem parte de uma “massa criminosa” que ameaçam a ordem social” (SILVEIRA, 2015, p. 237). É o retrato da lógica de “que sem uma prisão imediata não há ‘justiça’, conforma alardeiam os noticiários de caráter popularesco-sensacionalista ou não” (BARRETO, 2016, p. 204).

Nesse contexto, o clamor da opinião pública é usado como fundamento de prisões preventivas e midiaticamente construído para tornar a prisão “necessária” e garantir a ordem pública, manipulada pelos meios de comunicação de massa – torna-

se a *opinião publicada*, que tanto clama por segurança e punição. Em outros casos, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública assume natureza, não só de pena antecipada, mas de medida de segurança, para isolar um suspeito supostamente perigoso (LOPES JR., 2013). Com o decreto de prisão fundamentado no risco de reiteração delitiva, de mesmo modo, “está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal” (LOPES JR., 2013, p. 115).

Clamor público, periculosidade do suspeito e risco de reiteração delitiva, desse modo são argumentos usados para o decreto de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, numa tentativa de fazer do próprio processo penal um instrumento de segurança pública. O artigo 144 da Constituição Federal prevê o dever do Estado de exercer a segurança pública para a preservação da ordem pública através das polícias militares – não dos juízes, para além de já ser suficientemente uma distorção a concepção militarizada de segurança pública prevista neste dispositivo constitucional.

Acontece que os juízes estão submetidos à pressão do parco discurso publicitário dos meios de comunicação de massa. Qualquer decisão que vá de encontro à pregação midiática do *autoritarismo cool* pode ser estigmatizada e ensejar a sua perseguição por esses mesmos meios ou pelas próprias estruturas das agências judiciais e políticas. Ainda que seja grande a sua vulnerabilidade ao discurso midiático, e mesmo diante de casos de excessos e desvios, os juízes “constituem a principal frente de resistência diante do avanço do autoritarismo *cool* (ZAFFARONI, 2011, p. 80-81).

É preciso se ter em mente, ao mesmo tempo, que o sistema penal cautelar implica uma deformação como forma dominante do exercício do poder punitivo, que leva as agências executivas a defenderem seus âmbitos de arbitrariedade (ZAFFARONI, 2011, p. 114). Neste caso, no exercício do dever de segurança pública do Estado, não se pode fechar os olhos ao poder configurador positivo – ou poder de vigilância – a cargo das polícias militarizadas.

Não se pode, portanto, permitir que o exercício do poder punitivo seja legitimado através das prisões preventivas para a garantia da ordem pública, pois a sua legitimação “contribui para a progressiva redução do próprio poder jurídico, ou seja, das agências judiciais” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 71). Assim, o discurso jurídico deve se recompor para orientar e enfatizar o poder das suas agências

de conter o exercício do poder punitivo, em enfrentamento ao discurso midiático bélico. O poder dos juristas não pode se resumir a um discurso legitimador do poder punitivo alheio (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Ao encarar a previsão de prisão preventiva por lei eventualmente penal, é imprescindível que o magistrado verifique os seus momentos punitivos, o que no caso do fundamento na garantia da ordem pública se torna evidente, para, assim, excluí-los. Outra orientação não pode ser dada ao artigo 312 do Código de Processo Penal senão a inconstitucionalidade do fundamento de garantia da ordem pública, por representar ilegítimo e ainda mais irracional exercício do poder punitivo, já que exercido em desprezo à presunção de inocência.

Considerando-se a necessidade de redução radical das prisões preventivas e de contenção do exercício cada vez mais irracional do poder punitivo reforçado pelo discurso vazio e midiático do *autoritarismo cool* de caráter eficientista, a exclusão da garantia da ordem pública como fundamento legal para o decreto de prisão preventiva é o caminho a ser trilhado por um processo penal que pretenda atuar como tecnologia normativa de redução de danos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho foi possível compreender que a construção de um processo penal sem prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública precisa, necessariamente, enfrentar o quadro de irracionalidade e ilegitimidade que impera no sistema penal cautelar latino-americano, com o evidente caráter punitivo das prisões impostas sob esse parâmetro.

Tal tarefa tomou como premissa o marco teórico da criminologia crítica, do garantismo penal e da teoria agnóstica da pena, pressupostos de uma teoria do processo penal capaz de construir conceitos que não se omitam a esse quadro de irracionalidade e ilegitimidade, sem recorrer aos *atalhos metodológicos* do fenômeno distinto que é o processo civil. A recorrente metáfora da “Cinderela” dá ao processo penal suas “novas roupas”, mas é preciso reconhecer a realidade do sistema penal não soa como um conto de fadas, em especial aos ouvidos dos presos sem condenação.

Tem-se assim que a deslegitimação da prisão preventiva encampada por Ferrajoli, ao reconhecer a sua natureza penal, é fundamental para consagrar a maior eficácia possível ao princípio da presunção de inocência, mas emperra na pretensão de fazê-lo no intuito de relegitimar a atuação do Poder Judiciário, tendo em vista não admitir a prisão preventiva por acreditar na pena, aplicada após a sentença definitiva, como medida de prevenção por excelência.

Essa limitação se expressa na concepção de uma teoria negativa ou agnóstica da pena, segundo a qual não se pode conhecer das funções que esta cumpre, mas apenas tomá-la como um exercício irracional do poder punitivo, tal qual a guerra. Assim, a perspectiva agnóstica de deslegitimação da prisão preventiva postula sua redução radical e posterior abolição, a partir de um ponto de vista externo à Constituição, e denuncia o tratamento de inimigo conferido a todo suspeito na América Latina, cujo sistema penal se caracteriza pelo número significativo de presos sem condenação, um verdadeiro sistema penal cautelar que opta por atuar antes da condenação, em especial no combate às pessoas vulneráveis e *indesejáveis*.

No entanto, há de se situar um parâmetro constitucional para a deslegitimação da prisão preventiva, visto que a própria carta prevê a possibilidade de prisão processual por ordem escrita e fundamentada por autoridade competente. Afinal, ainda que a prisão preventiva deva ser encarada como uma distorção do estado de

inocência previsto na Constituição, não se pode tentar aboli-las dando causa a outra distorção, restando assim a redução radical de suas hipóteses ao mínimo possível.

Eis que ganha relevância a garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. Tal hipótese se demonstrou como fonte de violação às garantias da legalidade estrita, por sua imprecisão conceitual, e da presunção de inocência, por se evidenciar como uma medida satisfativa, que antecipa a “tutela” pretendida pela acusação, numa transposição indevida da tutela de urgência do processo civil.

Por fim, as frágeis tentativas de atribuir algum significado à vaga expressão “ordem pública” terminaram por identificá-la como medida relacionada à segurança pública. Considerando-se a necessidade de redução radical das prisões preventivas e de contenção do exercício cada vez mais irracional do poder punitivo reforçado pelo discurso vazio e midiático do *autoritarismo cool* com sua exigência contínua por maior repressão, a exclusão da garantia da ordem pública como fundamento legal para o decreto de prisão preventiva é o caminho a ser trilhado por um processo penal que pretenda atuar como tecnologia normativa de redução de danos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**. Santa Catarina, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Sequência**. Santa Catarina, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Cautelaridade penal ou controle social? Um olhar crítico sobre as prisões cautelares no Brasil. **Panóptica**, vol. 11, n. 1, pp. 184-210, jan./jun. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Publicado no DOU em 31 de dezembro de 1940.

_____. **Decreto-lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Cria o Código de Processo Penal. Publicado no DOU em 13 de outubro de 1941.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.

_____. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodium, 2015

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999.

JOBIM, Augusto. Fronteiras do Político e do Direito Penal: discursos críticos sobre a pena. **Ciências Penais**, v. nº 8, p. 137-175, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte , v.3, n.5 , p.95-114, jan./jun. 2006.

_____. **Escritos sobre a liberdade – vol. 6**. Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre , v.4, n.20 , p.11-38, out./dez. 2005.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LORENZO, Leticia. Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, 2011.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de informações penitenciárias – Infopen – junho 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NAVES, Jair. Covil de Cobras. **E Você Se Sente Numa Cella Escura, Planejando A Sua Fuga, Cavando O Chão Com As Próprias Unhas**. São Paulo: Travolta Discos e Popfuzz Records, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.3, n.10, p.113-120, jul./set.2003.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.**, Belo Horizonte, MG, n. 67, jul. 2015, p. 213-244.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.